# Die Leistungsunmöglichkeit ungewisser Dauer

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

ERICH MARX

Gerichtsreferendar

aus Frankenberg/Eder.

MARBURG 1933

DISSERTATIONSVERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 16. Juni 1933.

Berichterstatter: Geh. Just.-Rat Prof. Dr. L e o n h a r d.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN
IN DANKBARKEIT

## LITERATUR


Baumbach, Zivilprozeßordnung, Taschenkommentar, 6. Aufl.

Berckemeyer, Die Behebung der Unmöglichkeit. Marbg. Diss. 1931.

Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht, Arch. f. z. Pr. 91. 73 ff.

Bötticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß. München 1930.

Brecht, System der Vertragshaftung, Dogm. Jb. Bd. 53.

Eckstein, Bürg. Arch. 37. 390 ff.

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearb.

Fischer, H. A., Beiträge zur Unmöglichkeitslehre. 1904, in Rostocker Festschrift für Amsberg.

Fischer, Otto, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. 1. Beitr. 1912, 2. Beitr. 1913.

Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.

Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils. München 1912.

Hellwig, I: System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1912, Bd. I. II: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd. III: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Lpz. 01. IV: Anspruch u. Klagrecht. Jena 1900.

Hoffmann, Kurt, Ueber das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Gießener Diss. 1929.

Jung, Bürgerliches Recht. In Stammler, Berlin 1931.

Kisch, I: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jena 1900. II: Kritik zu Titze I in Krit. V. 03. 506.

Kleineidam, I: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. Jena 1900. II: Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. In Dogm. Jb. 43. 105 ff.

Kleinfeller, Gegenstand der Rechtskraft. In Festschrift für Wach, 2. S. 273 ff. (1913).

Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen. Bln. 1889.

Krahmer, Gegenseitige Verträge. Halle 1904.

Krug, A., Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Bresl. Diss. 1901.

Krückmann, I: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, in Arch. f. z. Pr. 101. 1 ff. II: Die materielle Urteilswirkung, in Z.Z.P. 46. 394 ff. III: Dogm. Jb. 57 1 ff. IV: Dogm. Jb. 59. 20 ff. und 223 ff. V: Arch. f. z. Pr. 90, 100 ff. VI: Einmal unmöglich, immer unmöglich. In JW. 1916. 713.

Kuttner, Nebenwirkungen der Rechtskraft. München 1908.

Leonhard, I: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929. In: Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. II: Besonderes Schuldrecht. 1931. Ebenfalls in Bindings Handbuch.

— Beweislast. 2. Aufl. Berlin 1926.

Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. In Beiträge zum Obligationenrecht I. 1853.

Oertmann, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse: Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927. Besonderer Teil 5. Aufl. 1928.

Planck, Kommentar, II. Band, 1. Hälfte. 4. Aufl.

Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905.

Rabel, I: Unmöglichkeit der Leistung. In Festschrift für Bekker, 07. II: Ueber Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis. In Rhein. Z. 1911.

RGR.-Kommentar, Schuldrecht, 1. Teil 6. Aufl.

Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 3. Aufl.
Scheer, G., Die zeitweilige und die beseitigte Unmöglichkeit der Vertragsleistung. Lpz. Diss. 1906.
Scheller, A., Die zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung nach dem Rechte des BGB. Straßburger Diss. 1908.
Schröder, I. U., Unmöglichkeit und Ungewißheit. Rostock, 1905.
Schwartz, I: Absolute Rechtskraft und heutiges deutsches Recht. In Berliner Festgabe für Dernburg. Bln. 1900. II: Billigkeitsurteil. Halle, 1904.
Staudinger, von, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Aufl.; 3. Teil, 9. Aufl.
Stein-Jonas, Kommentar, Bd. I 14. Aufl. 1928, Bd. II 14. Aufl. 1929.
Titze, I: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. Lpz. 1900. II: Kritik zu Kisch I in Krit. V. 04. 348.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.

# INHALT


Seite

I Der Gegenstand der Untersuchung . . . . . 1

II Der Unmöglichkeits-Begriff . . . . . 2

a) Grundsätzliches über den Begriff juristischer Unmöglichkeit . 2

b) Der Begriff vorübergehender Unmöglichkeit . . . . 5

c) Unmöglichkeit der Erfüllung — Unmöglichkeit der Leistung . 6

d) Zeitweilige Unmöglichkeit — dauernde . . . . . 7

III Die Erfüllungszeit . . . . . 8

IV Die Leistungsunmöglichkeit ungewisser Dauer — ihre Wirkung auf das Schuldverhältnis — die Behebung der aus ihr für die Parteien sich ergebenden Beschwernisse und Schwierigkeiten . . 10

a) Die verschiedenen Auffassungen — kritische Untersuchung und Widerlegung derselben . . . . . 10

1. Gemeines Recht . . . . . 12

2. Nach dem Rechte des BGB. . . . . 12

aa) Die Wahrscheinlichkeits-Theorien . . . . . 12

bb) Abwarten des Ablaufs der Erfüllungszeit . . . . 17

cc) Die Stellungnahme des Reichsgerichts . . . . 18

dd) Einrede aus entgegenstehendem eigenem Interesse . . 20

ee) Rücktrittsrecht aus § 326 BGB. . . . . 20

b) Unsere Meinung . . . . . 21

V Die Unmöglichkeit ungewisser Dauer und der Prozeß . . . 33

VI In Kürze: Die wesentlichen Ergebnisse unserer Untersuchung . . 40

# I. DER GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG.

Die Behandlung einzelner Teilgebiete der Unmöglichkeitslehre bereitet deshalb besondere Schwierigkeiten und hat eine Vielzahl von Meinungen aufkommen lassen, die untereinander recht erhebliche Abweichungen aufweisen, oft sogar sich diametral gegenüber stehen, weil unser bürgerliches Gesetzbuch bei der Regelung der Unmöglichkeitslehre, dieses wichtigen Teilgebietes unseres Schuldrechts, der Wissenschaft zu einem großen Teile die Rechtsbildung überlassen hat, vor allem aber, weil das Gesetz nicht einmal sagt, welchen Inhalt der von ihm gebrauchte Unmöglichkeitsbegriff hat.

Wenn der eine Schriftsteller den Unmöglichkeitsbegriff im streng logischen Sinne braucht, der andere ihn aber soweit ausdehnt, daß er auch Fälle bloßer Schwierigkeit darunter begreift, dann wird die bunte Vielgestaltigkeit der Meinungen verständlich, wie sie sich auch über den Gegenstand unserer Untersuchung gebildet hat.

Gegenstand dieser Abhandlung soll eine Untersuchung darüber sein, welche Folgen das Unmöglichwerden der Leistung für das Schuldverhältnis hat, wenn Ungewißheit darüber herrscht, ob die Unmöglichkeit noch so rechtzeitig entfallen wird, oder behoben werden kann, daß die möglich gewordene Leistung noch geeignet ist, Schulderfüllung zu sein.

Die Darstellung des Einflusses dieser Ungewißheit auf das Schuldverhältnis sowie der Maßnahmen zu ihrer Unschädlichmachung wird den Hauptinhalt unserer Untersuchung bilden. Das Ergebnis wird nicht nutzlose Nur-Theorie sein; es erhält dadurch seine praktische Berechtigung, daß, obwohl für die Beseitigung dieser Ungewißheitslage häufig ein schutzwertes Bedürfnis besteht, das Gesetz eine Regelung, von einzelnen Sondervorschriften abgesehen, nicht gibt und die in der Wissenschaft vertretenen Meinungen ebenso zahlreich wie untereinander verschieden sind.

Aus dem Ergebnis dieser Untersuchung wird dann die in der Literatur mit viel Uneinigkeit erörterte Frage zu beantworten sein, wie das unerwartete Möglichwerden der für dauernd unmöglich gehaltenen Leistung das Schuldverhältnis beeinflußt.

Für die anfängliche Leistungsunmöglichkeit besteht mit Rücksicht auf die in den §§ 306 ff. BGB getroffene Regelung unser Problem nicht. Wir beschränken unsere Untersuchung deshalb auf die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung.

Es spielt dabei keine Rolle, ob die Leistung infolge objektiver Unmöglichkeit oder nur subjektiven Unvermögens nicht erbracht werden kann, denn gemäß § 275 Abs. II BGB haben beide, sofern sie nachträglich eintreten, die gleichen Folgen. Es begreift daher im Folgenden die von uns behandelte nachträgliche Unmöglichkeit stillschweigend auch das nachträgliche Unvermögen in sich.

Das Vertretenmüssen der Leistungshinderung durch eine Partei hat unmittelbar keinen Einfluß auf Bestehen und Erlöschen der Leistungspflicht. Das Vertretenmüssen bewirkt unmittelbar nur die Entstehung neuer Rechte, z. B. des Anspruchs auf Schadensersatz. Diese aber scheiden für unsere Abhandlung aus. Für uns ist nur die Antwort auf die Frage wissenswert, welchen Einfluß die Leistungshinderung auf die vertragsmäßige Verpflichtung zur Leistung hat. Diese Fragestellung und die Antwort darauf gilt für vom Schuldner zu vertretende und nicht zu vertretende Unmöglichkeit gleich.

Auch in den Fällen vom Schuldner zu vertretender Leistungshinderung kann sie von praktischer Bedeutung sein. In der Mehrzahl der Fälle wird der Gläubiger zwar von seinen Rechten Gebrauch machen, Schadensersatz zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. Es gibt aber auch solche, in denen er an dem Leistungsgegenstand ein besonders hohes Interesse hat, das ihm durch Geldersatz nicht aufgewogen wird, z. B. bei dem Kaufe eines Kunstwerkes. In einem solchen Falle wird der Gläubiger trotz Schadensersatzanspruches und Rücktrittsrechtes, solange die Leistungserbringung nicht mit Sicherheit ausgeschlossen ist, ohne sich früher als nötig festzulegen, auf die Möglichkeit der Leistung vertrauen. Er wird sogar versuchen, einen auf die Vertragsleistung gerichteten Titel gegen den Schuldner zu erwirken.

Trotzdem aber ist der Umstand nicht ganz ohne Bedeutung für den Gegenstand unserer Abhandlung, ob die Leistungshinderung von einer Partei zu vertreten ist. So wirft sich in den Fällen vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit die verschieden beantwortete Frage auf, welchen Einfluß auf den Bestand der vertragsmäßigen Leistungspflicht Entstehung, Geltendmachung und Befriedigung der Rechte ausübt, die infolge dieser Leistungshinderung zur Entstehung gekommen sind. Diese Frage besteht nur bei objektiv vorübergehender Unmöglichkeit, denn der Eintritt objektiv dauernder Unmöglichkeit hat bereits unmittelbar das Erlöschen der Leistungspflicht zur Folge. Wenn statt der vorübergehend oder nur scheinbar dauernden unmöglich gewordenen Leistung Schadensersatz gefordert, geleistet, rechtskräftig geschuldet ist, die Leistung danach aber wider Erwarten möglich geworden ist, dann wird unsere Untersuchung sich darauf zu richten haben, ob die unter diesen Umständen möglich gewordene Leistung noch geschuldet wird, ob sie noch in obligatione ist. Die gleiche Frage wirft sich auf, wenn das stellvertretende Kommodum verlangt, geleistet, rechtskräftig zuerkannt ist.

## II. DER UNMÖGLICHKEITSBEGRIFF.

### a) Grundsätzliches über den Begriff juristischer Unmöglichkeit.

Der Anfang unserer Abhandlung enthält bereits einen Hinweis darauf, daß die Vielfältigkeit der innerhalb der Unmöglichkeitslehre sich bekämpfenden Meinungen zu einem guten Teile darauf zurück-

zuführen ist, daß über den Inhalt des Unmöglichkeitsbegriffes keine Einigkeit herscht.

Es ist aber nicht nur für das Ergebnis dieser Untersuchung von grundlegender Bedeutung, welche Auffassung wir vom Unmöglichkeitsbegriffe haben, auch für die Verständlichkeit unserer Ausführungen ist es unerläßlich, zunächst darzulegen, was wir unter Unmöglichkeit i. S. des Gesetzes verstehen. Nur so kann ein Aneinandervorbeireden vermieden werden.

Die Ermittlung des Begriffsinhaltes der Unmöglichkeit i. S. des Gesetzes läuft auf die Gegenüberstellung von juristischer und logisch-philosophischer Unmöglichkeit hinaus. Dabei ist unter juristischer Unmöglichkeit nicht etwa eine solche zu verstehen, deren Grund eine Rechtsvorschrift ist. Es ist z. B. unmöglich Stockwerkseigentum zu bestellen, da nach unserem Recht wesentliche Bestandteile nicht verschiedenen Eigentümern zustehen können. Auch solche Unmöglichkeit wird als juristisch bezeichnet [1]). Sie ist hier nicht gemeint. Für unsere Aufgabestellung ist es ohne Bedeutung, worin der Grund der Unmöglichkeit zu suchen ist. Bei der hier zu erörternden Gegenüberstellung von juristischer und logisch-philosophischer Unmöglichkeit handelt es sich allein darum, zu ermitteln, welchen Inhalt der vom Gesetz gebrauchte Unmöglichkeitsbegriff hat.

Als Ausgangspunkt nehmen wir zweckmäßigerweise den logisch-philosophischen Begriff. Er steht eindeutig fest. Unmöglichkeit im logisch-philosophischen Sinne ist Notwendigkeit des Nichtgeschehens [2]). Dies ist die engste Fassung des Begriffs. Der logische Unmöglichkeitsbegriff ist notwendig abstrakt gefaßt. Logische Unmöglichkeit beteht notwendig für alle Zeiten. Sie ist als zeitweilige undenkbar.

Dieser logische Unmöglichkeitsbegriff kann aber nicht der des Gesetzes sein. Da es nicht notwendig ausgeschlossen ist, daß der ins Meer gefallene Ring wie der des Polykrates einmal wieder zum Vorschein kommt, müßte die Leistung dieses Ringes als möglich gelten. Etwas so unvernünftiges darf man aber vom Gesetze nicht annehmen. Das Recht ist für das Leben, für den Verkehr bestimmt und abgestimmt. Der Begriff des Gesetzes muß daher umfassender sein, als der logische. Er muß auch Fälle zwar nicht logischer, aber doch praktischer Nichtherstellbarkeit umfassen.

Das ist denn auch von den meisten Schriftstellern anerkannt, aber in sehr verschiedenem Umfange. So ist der von der h. M.[3]) als Begriff des Gesetzes vorgetragene, als l o g i s c h e r bezeichnete Unmöglichkeitsbegriff, in Wahrheit ein von dem Begriffsinhalt der logisch-philosophischen Unmöglichkeit abweichender besonderer juristischer Unmöglichkeitsbegriff.

---

1) Ennecc.-Lehm. § 29 I 2.
2) Hartmann, Die Obligation S. 172.
3) Planck §§ 275 ff., Vorb. III 1b; Ennecc.-Lehm. § 29 I 2; Leonhard I §§ 134, 245; Kleineidam II S. 110; Oertmann §§ 275 ff. Vorb. 3.

So macht z. B. Leonhard [4]) die Einschränkung, daß nicht physische Unmöglichkeit zu verlangen sei, daß alle Wege zur Erbringung der Leistung auszuschalten seien, die nach vernünftiger Lebensauffassung nicht in Betracht kommen. Es genüge Undurchführbarkeit nach den Regeln sozialen Geschehens. Damit erkennt Leonhard an, daß der Begriff des Gesetzes ein anderer ist als der logisch-philosophische, daß es einen besonderen juristischen Unmöglichkeitsbegriff gibt. Aehnlich wie Leonhard, die anderen genannten [5]).

Wesentlich anders aber dehnen viele andere Schriftsteller diese juristische Unmöglichkeit weit aus. So verstehen Staudinger [6]), Titze [7]), Kisch [8]) u. a. m. unter dem von ihnen als juristische Unmöglichkeit bezeichneten Begriff auch die Fälle überobligationsmäßiger Schwierigkeit. Auch das Reichsgericht verwendet in ständiger Rechtsprechung einen Fälle bloßer Schwierigkeit und Unzumutbarkeit umfassenden juristischen Unmöglichkeitsbegriff, den es wirtschaftliche Unmöglichkeit nennt [9]).

Zur Vermeidung von Zweifeln sei darauf hingewiesen, daß der von uns gebrauchte Begriff juristischer Unmöglichkeit lediglich den Gegensatz zwischen dem gesetzlichen und dem logisch-philosophischen kenntlich machen soll.

Es ist nicht unsere Aufgabe, uns eingehend mit den verschiedenen Ansichten auseinanderzusetzen, die sich über die Frage gebildet haben, was das Gesetz unter Unmöglichkeit versteht. Nur eine kurze Erörterung soll hier erfolgen. Wir lehnen die von Staudinger, Kisch, Titze, Kleineidam [10]), auch dem Reichsgericht vertretene Meinung ab, daß auf Fälle bloßer Schwierigkeit die Unmöglichkeitsregeln anzuwenden seien. Zur Begründung mag auf die von Leonhard [11]) und Planck [12]) vorgetragene überzeugende Widerlegung der herrschenden Lehre verwiesen werden.

Die bekämpfte Ansicht vermengt die Frage des Leistenkönnens mit der des Leistensollens [13]). Vor allem aber kann sie keine haltbare Grenze ziehen bezüglich der Frage, wieviel an Anstrengung dem Schuldner zugemutet werden kann.

Im Folgenden mag kurz dargelegt werden, welchen Inhalt wir dem Unmöglichkeitsbegriffe des Gesetzes geben. Wir stimmen im Ergebnis mit Leonhard [14]), Enneccerus-Lehmann [15]), Planck [16]), Krück-

---

4) Leonhard I § 134.
5) wie hier: Berckemeyer S. 15.
6) Staudinger A I 1, vor §§ 275 ff.
7) Titze I 2, II 343.
8) Kisch I 12 f.
9) Vgl. RGR.-Komm. zu § 275 A. 2 und die dort angeführten Entscheidungen.
10) Kleineidam I 14 ff., II 110.
11) Leonhard I § 135.
12) Planck III 1b vor §§ 275 ff.
13) Leonhard a.a.O.; Planck a.a.O.
14) Leonhard a.a.O.
15) Ennecc.-Lehm. § 29 I 2.
16) Planck Vorb. III 1, vor §§ 275 ff.

mann [17]) überein. Unmöglich i. S. des Gesetzes ist nicht nur alles was notwendig, nach zwingenden Gesetzen der Natur, der Rechtsordnung, sondern auch was praktisch, nach den Erfahrungssätzen des Lebens, nicht geschehen kann. Bloße Schwierigkeit aber ist nicht Unmöglichkeit. Gegen die logisch-philosophische Unmöglichkeit ist die Grenze zu ziehen nach den Grundsätzen, daß nicht die reine, sondern die praktische Vernunft entscheidet [18]), daß Undurchführbarkeit nach den Regeln sozialen Geschehens, nach vernünftiger Lebensauffassung [19]) genügt.

Allerdings wird es nicht einfach sein, im Einzelfall Unmöglichkeit und Schwierigkeit abzugrenzen. Es ist Sache des Richters, nach gesundem Menschenverstand und vernünftiger Lebensauffassung im jeweiligen Falle die Abgrenzung zu treffen.

### b) Der Begriff vorübergehender Unmöglichkeit.

Bestimmt man wie hier die Unmöglichkeit nach praktischen Gesichtspunkten, Lebensregeln, Erfahrungssätzen, so muß dies auch für die Frage maßgebend sein, inwiefern die Unmöglichkeit i. S. des Gesetzes auch eine bloß zeitweilige sein kann.

Was heute praktisch unmöglich ist, in absehbarer Zeit wird es vielleicht möglich sein. Als man die drahtlosen Wellen noch nicht kannte, wer hätte da die Uebertragung von Wort und Bild ohne körperliche Mittler über tausende von Kilometern, also die Leistungen der heutigen Radiotechnik, für möglich gehalten? Kein Mensch würde Bedenken getragen haben, sie für physisch undurchführbar zu erklären. Solcher Beispiele ließen sich beliebig viele bringen. Wir dürfen daraus folgern, daß es mit zum Wesen der nur-praktischen Unmöglichkeit gehört, daß sie nicht dauernd zu sein braucht.

Wir stehen damit im Widerspruch zu der Ansicht Leonhards [20]), die Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes sei notwendig dauernd. Da wir der Meinung sind, daß nicht der logisch-philosophische sondern der praktische Unmöglichkeitsbegriff der des Gesetzes ist, müssen wir notwendig den Begriff nur zeitweiliger Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes bejahen. Praktische Folgen ergeben sich aus dieser Meinungsverschiedenheit jedoch nicht, denn Leonhard behandelt die von ihm als „Leistungshinderung" bezeichneten Fälle der nur zeitweiligen Unmöglichkeit nach Analogie des Einwands der Unmöglichkeit aus § 275 BGB [21]). Es handelt sich also wohl nur um ein Bezeichnungsproblem. Für unsere Ansicht dürfen wir als Argument die Bestimmung des § 308 BGB anführen. Darin geht das Gesetz davon aus, daß die Unmöglichkeit eine vorübergehende sein kann.

---

17) Krückmann I 60 ff.
18) Krückmann I 61; Ennecc.-L. a.a.O.; Eckstein S. 416.
19) Leonhard I § 134.
20) Leonhard I § 137.
21) Derselbe a.a.O.

### c) Unmöglichkeit der Erfüllung — Unmöglichkeit der Leistung.

Die Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffes krankt u. E. allgemein daran, daß die Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Unmöglichkeit der Erfüllung nicht erkannt, oder doch nicht beachtet wird.

Unter Unmöglichkeit der L e i s t u n g verstehen wir die Nichtherstellung des außer Zusammenhang mit dem Schuldverhältnisinhalt, absolut betrachteten Leistungserfolges, Nichtherstellbarkeit des Leistungsgegenstandes, gegenständliche Unmöglichkeit. Unter Unmöglichkeit der E r f ü l l u n g verstehen wir dagegen die Nichtherstellbarkeit der Leistung wie sie nach dem konkreten Schuldverhältnis, unter Berücksichtigung aller Schuldmomente, also Gegenstand, Ort und Zeit der Leistung, geschuldet ist.

Ist die für eine Theateraufführung bestellte Generalsuniform nicht rechtzeitig geliefert worden, dann ist es n a c h der Aufführung zwar nicht unmöglich sie zu liefern, die Leistung ist also nicht unmöglich geworden. Die verspätete Leistung hat aber die Fähigkeit Schulderfüllung sein zu können endgültig verloren. Der Besteller braucht nach der Theateraufführung die Uniform nicht mehr anzunehmen. Es liegt Unmöglichkeit der Erfüllung, nicht aber Unmöglichkeit der Leistung vor.

Die Unterscheidung der beiden Begriffe scheint uns erforderlich, weil der durchweg gebrauchte Begriff „Unmöglichkeit der Leistung" meist für beide Tatbestände herhalten muß, für die in unserem Sinne verstandene Unmöglichkeit der Leistung und die der Erfüllung, ohne daß man sich des keineswegs bedeutungslosen Unterschiedes bewußt ist.

Die Unterscheidung hat für u n s praktische Bedeutung nur bei der Inbeziehungsetzung der Leistungserbringung zur Erfüllungszeit, d. h. zu der Zeit, innerhalb nur der die Leistung geeignet ist Schulderfüllung zu sein. Dabei zeigt sich, daß das Schuldverhältnis infolge Unmöglichkeit der Erfüllung untergegangen sein kann, obwohl die Leistung nicht, bzw. nicht mehr unmöglich zu sein braucht.

Es besteht kein Anlaß, dem Zeitmoment, also dem Umstand, daß die Leistung in oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erbracht sein muß, grundsätzlich weniger Bedeutung beizumessen, als jedem anderen Schuldmoment. Ebensowenig wie der Rotfuchs statt des geschuldeten Silberfuchses Erfüllung zu sein vermag, vermag es die Lieferung des Festessens nach dem Feste zu sein, die Lieferung des Anzuges, nachdem der Schneider 2 Jahre lang durch Krankheit an der Herstellung verhindert war.

Dem besonderen Begriffsinhalt der Unmöglichkeit der Erfüllung in ihrem Gegensatz zu der der Leistung wird wohl nur deshalb so wenig Beachtung geschenkt, weil die Erfüllung oder Nichterfüllung insbesondere des Leistungszeitmomentes in der Leistung selbst keinen greifbaren, äußerlich erkennbaren Ausdruck findet. Dem Rotfuchs sieht

man es an, daß er nicht der geschuldete Silberfuchs ist, nicht aber dem Festessen oder dem Anzug die Verspätung.

Da die durch Nichteinhaltung des geschuldeten Zeitmomentes, also der Erfüllungszeit, bewirkte Unmöglichkeit nicht in dem Leistungs g e g e n s t a n d selbst begründet oder erkennbar ist, erscheint es zumindest unzweckmäßig, sie unter den Begriff Unmöglichkeit der L e i s t u n g zu fassen. Daraus schon rechtfertigt sich die vorgeschlagene Unterscheidung.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes erscheint recht unzweckmäßig. Das Gesetz spricht von Unmöglichkeit der Leistung, meint aber Unmöglichkeit der Erfüllung, nämlich Unmöglichkeit d e r Leistung, wie sie nach dem konkreten Vertragsinhalt unter Beachtung aller Schuldmomente geschuldet ist. Denn das Gesetz will den Schuldner nicht nur dann befreien, wenn eine gegenständliche Leistungsunmöglichkeit eingetreten ist, wenn also die Silberfuchsart ausgestorben, der Schneider unheilbar krank ist, die Leistungspflicht soll und muß auch dann untergehen, wenn es nur unmöglich geworden ist, die Leistung rechtzeitig, innerhalb der Erfüllungszeit, zu erbringen. Die Leistung nach Ablauf der Erfüllungszeit ist nicht mehr Erfüllung im Sinne des Schuldverhältnisses. Der Schneider braucht nach 5 Jahren den Anzug nicht mehr zu liefern, der Besteller braucht ihn nicht mehr anzunehmen. Die Unmöglichkeit der Erfüllung hat die Rechtsfolge der §§ 275 ff. BGB nach sich gezogen, ganz wie eine dauernde Unmöglichkeit der Leistung, die inhaltlich ja notwendig auch die Gründe einer solchen der Erfüllung enthält.

Man kommt allgemein zu dem richtigen Ergebnis, daß auch die Unmöglichkeit der Erfüllung die Leistungspflicht gemäß § 275 BGB untergehen läßt, drückt es aber so aus, die Frage nach der Möglichkeit der Leistung sei nur innerhalb der Erfüllungszeit aufzuwerfen [22]), maßgebend sei nur die Unmöglichkeit der Leistung während der Erfüllungszeit, nach deren Ablauf sei die Leistung dauernd unmöglich geworden [23]). Damit braucht man den Begriff „Unmöglichkeit der Leistung" zunächst in dem auch von uns verstandenen Sinn, unmittelbar darauf aber, bei der Feststellung des Untergangs der Leistungspflicht infolge Ablaufs der Erfüllungszeit, im Sinne unseres Begriffes „Unmöglichkeit der Erfüllung".

### d) Zeitweilige Unmöglichkeit — dauernde.

Die Unterscheidung dauernder Erfüllungsunmöglichkeit und zeitweiliger bereitet, rein begrifflich wenigstens, keine Schwierigkeit mehr. Nur dann ist die Erfüllung zeitweilig unmöglich, wenn die Leistungserbringung während eines Teiles der Erfüllungszeit, nicht aber des Restes, ausgeschlossen ist. Die Unmöglichkeit ist eine dauernde, wenn die Leistung während der ganzen Dauer der Erfüllungs-

22) Planck Vorb. II 1 zu §§ 275 ff., ähnlich Titze I S. 35, II S. 353.
23) Leonhard I § 242; Planck a.a.O.; Kisch I S. 18 ff.; Titze a.a.O.

zeit, mindestens aber ihres noch ausstehenden Restes, nicht erbracht werden kann [24]).

Für die Entscheidung der Frage, wann im konkreten Falle die Unmöglichkeit eine dauernde oder eine zeitweilige ist, muß objektiv auf den tatsächlich bestehenden Zustand abgestellt werden [25]). Das ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 275 BGB, „ . . . , soweit die Leistung unmöglich i s t".

Damit stehen alle die Begriffsbildungen im Widerspruch, die die Feststellung, ob dauernde oder zeitweilige Unmöglichkeit vorliegt, von der B e u r t e i l u n g ihrer Dauer abhängig machen. Diese Begriffsbildungen schließen sich durchweg mehr oder weniger eng an K i s c h [26]) an, die Unmöglichkeit sei so lange eine dauernde, als sich nicht aus allgemeinen Erfahrungssätzen oder den Umständen des Einzelfalles sichere Anhaltspunkte für eine Behebung noch innerhalb der Erfüllungszeit ergeben. Die meisten stellen darauf ab, was sich als das wahrscheinlichere darstellt [27]). Nach Krückmann [28]) soll die Unmöglichkeit nur dann eine vorübergehende sein, wenn genügend überzeugende Gründe mit Notwendigkeit die Behebung noch innerhalb der Erfüllungszeit erwarten lassen. Diese Begriffsbildungen lassen sich mit dem Gesetze nicht vereinbaren. In § 275 BGB heißt es, „soweit die Leistung unmöglich ist" und nicht etwa, soweit die Leistung unmöglich scheint. Diesen Begriffsbildungen kann eine Berechtigung höchstens für den Prozeß zukommen. Denn sie sind der Ausfluß vorweg genommener Verallgemeinerung und Anwendung von Grundsätzen der Beweisführung und Beweiswürdigung [29]). Sie sagen dem Richter, was er dem Urteilstatbestand zugrundezulegen hat, wenn er bei unklarem Tatbestand hinsichtlich der Dauer der Unmöglichkeit ein endgültig entscheidendes Urteil erlassen will.

Dessen ist man sich aber nicht bewußt. Anders wäre die von Enneccerus-Lehmann [30]) vorgetragene Argumentation unverständlich, falls eine Unmöglichkeit, die zunächst dauernd zu sein schien, zufällig behoben werde, lebe die Leistungspflicht deshalb nicht wieder auf, weil ein Wiederaufleben im Gesetz nicht erwähnt sei. Man geht also davon aus, daß die s c h e i n b a r dauernde Unmöglichkeit als g e s e t z l i c h e Folge den dauernden Untergang der Leistungspflicht hat.

## III. DIE ERFÜLLUNGSZEIT.

Es war bereits verschiedentlich von der Erfüllungszeit die Rede. Sie wurde definiert als die Zeit, innerhalb nur der die Leistungser-

24) Planck, Vorb. II 1 a vor §§ 275 ff.
25) So auch Siber S. 217.
26) Kisch I S. 23 f.
27) Kleineidam I S. 96 f.; Ennecc.-Lehm. § 46 IV.
28) Krückmann I S. 86.
29) Im Ergebnis ebenso Leonhard I § 242.
30) Ennecc.-Lehm. § 46 Anm. 23.

bringung Schulderfüllung zu sein vermag [1]). So einfach und eindeutig diese Begriffsbestimmung ist, so schwierig und unklar ist oft im Einzelfall die Feststellung der Dauer dieser Zeit. Einfach ist die Bestimmung der Erfüllungszeit bei Fixschulden, bei denen Pünktlichkeit Bedingung der Lieferung ist [2]). Sie ergibt sich aus der vertraglichen Vereinbarung; ausdrückliche ist nicht erforderlich, der Fixgeschäftcharakter kann sich aus dem Inhalt der Leistung ergeben, beispielsweise bei der Bestellung eines Hochzeitsessens [3]). Eine Schuld, die nach dem Vertrage nicht Fixschuld gewesen ist, wird es durch Fristsetzung aus den Bestimmungen der §§ 325, 283, 326 BGB.

Es machen dagegen nicht unerhebliche Schwierigkeiten die Fälle, in denen eine Leistungszeit überhaupt nicht oder nicht in der Weise vertraglich vereinbart ist, daß Pünktlichkeit Bedingung der Lieferung ist.

Eine unbegrenzte Erfüllungszeit soll es nach Titze [4]) überhaupt nicht, nach Planck [5]) nur bei Geldschulden geben. U. E. ist die Erfüllungszeit auch bei lukrativ geschuldeten Leistungen, Schenkung, Freundeskauf, Vermächtnis, unbegrenzt. Im übrigen wohnt jedem Schuldverhältnis ein terminus ad quem inne [6]). In den Fällen nicht vertraglich festgelegter Erfüllungszeit kann deren Ermittlung nur nach freiem Ermessen [7]), unter Berücksichtigung aller für den Gegner bei Vertragsschluß erkennbar in Erscheinung getretener Umstände vorgenommen werden. Dabei sind Wichtigkeit und Notwendigkeit der Leistung für die eine oder andere Partei [8]), Schuldzweck und Beschaffenheit der Leistung [9]) als maßgebende Faktoren zu berücksichtigen. Dementsprechend wird bei höchstpersönlichen Leistungen, Dienstleistungen z. B., die Erfüllungszeit im allgemeinen von erheblich kürzerer Dauer sein, als bei Leistungen, die keine persönliche Bindung bewirken.

Es darf aber nicht aus dem Auge gelassen werden, daß nur die erkennbar in Erscheinung getretenen Umstände Berücksichtigung finden dürfen [10]). Erst in zweiter Linie, wenn aus dem Schuldverhältnis nichts anderes erhellt, wird man die Dauer der Erfüllungszeit nach der Verkehrsanschauung begrenzen dürfen [11]).

Ueber die Wirkung des Ablaufs der Erfüllungszeit besteht Einmütigkeit. Nach Ablauf der Erfüllungszeit sei die Leistung endgültig dauernd unmöglich geworden [12]); es komme alleine darauf an, ob die Leistung innerhalb der für die Erfüllung geeigneten Zeit möglich

1) Planck § 271 3a.
2) Vgl. Leonhard § 276.
3) Vgl. Leonhard a.a.O.; Planck § 271 3aβ.
4) Titze II S. 353.
5) Planck Vorb. I 1a zu §§ 275 ff.; Leonhard I § 276.
6) Titze II S. 353.
7) Planck § 271 3a.
8) Berckemeyer S. 24.
9) Planck § 271 3aβ.
10) Leonhard § 243; Titze I S. 40; Berckemeyer S. 24.
11) Titze I S. 34 ff., II S. 353; Berckemeyer S. 22.
12) Oertmann Vorb. 4c vor § 275; Planck § 271 3aβ.

sei [13]). Uns will scheinen, daß man den Gegensatz zwischen der nach Ablauf der Erfüllungszeit eingetretenen Unmöglichkeit und der gegenständlichen besser formulieren könne. Die gegenständliche Unmöglichkeit bezeichnen wir als Unmöglichkeit der Leistung, die nach Ablauf der Erfüllungszeit und infolge dieses Ablaufs eingetretene dagegen als Unmöglichkeit der Erfüllung. Abzulehnen ist die Meinung Titzes [14]), Gläubiger und Schuldner seien hinsichtlich der Folgen des Ablaufs der Erfüllungszeit nicht mit gleichem Maße zu messen, möglicherweise könne der Gläubiger die Leistung zurückweisen, der Schuldner ihre Erbringung aber nicht weigern. Titze verstößt damit gegen eine Grundregel des Systems der Unmöglichkeitslehre, daß nämlich die Unmöglichkeit der Leistung oder Erfüllung notwendig gegenüber beiden Parteien wirkt; Titzes Ansicht läuft auf ein Rücktrittsrecht des Gläubigers hinaus. Dafür gibt es aber im Gesetz keine Grundlage. Auch die Vorschrift des § 361 BGB läßt sich dazu nicht heranziehen. Das dem Gläubiger beim Fixgeschäft gewährte Rücktrittsrecht rechtfertigt sich als Sonderbestimmung aus der eigenen Natur des Fixgeschäftes. Nur der Gläubiger bedarf dort dieses Schutzes gegen die Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Erfüllungszeit, nicht auch der Schuldner.

Die analoge Anwendung dieser Regelung auf alle Fälle des Ablaufs der Erfüllungszeit ist deshalb nicht zu rechtfertigen, weil es an einem Grunde, den Gläubiger vorzugsweise zu schützen, fehlt. Denn in allen Verträgen, die nicht Fixgeschäftscharakter haben, beruht die Erfüllungszeit nicht auf eindeutiger vertraglicher Vereinbarung, die nach dem Vertragsinhalt unbedingt einzuhalten ist, sondern sie wird lediglich aus den Umständen des Einzelfalles, zuweilen sogar nur aus der Verkehrsanschauung, ermittelt. Ihr Ende wird niemals auf einen eindeutig festliegenden Zeitpunkt fallen, sondern wird immer einen gewissen Spielraum lassen. Die erwähnte Ansicht Titzes ist daher abzulehnen.

## IV.

## DIE LEISTUNGSUNMÖGLICHKEIT UNGEWISSER DAUER — IHRE WIRKUNG AUF DAS SCHULDVERHÄLTNIS — DIE BEHEBUNG DER AUS IHR FÜR DIE PARTEIEN SICH ERGEBENDEN BESCHWERNISSE UND SCHWIERIGKEITEN.

### a) Die verschiedenen Auffassungen — kritische Untersuchung und Widerlegung derselben.

Die Ansichten darüber, welche Folgen die Erfüllungsunmöglichkeit ungewisser Dauer auf das Schuldverhältnis hat und wie die aus ihr sich ergebenden Schwierigkeiten behoben werden können, welche Bedeutung der zufälligen Behebung der für dauernd gehaltenen Unmöglichkeit zukommt, sind recht zahlreich und kommen zu den verschiedensten Ergebnissen.

13) Leonhard I § 242.
14) Titze I S. 36.

Aus der Beantwortung der ersten Frage folgt die Antwort auf die zweite. Beide werden deshalb im Folgenden gemeinsam behandelt werden.

Die Beantwortung beider Fragen sollte eigentlich keine Schwierigkeiten bereiten können. Man sollte meinen, daß sie sich mit genügender Deutlichkeit aus dem Gesetze ergibt. Gemäß § 275 BGB ist der Schuldner solange nicht zur Leistung verpflichtet, als die Unmöglichkeit besteht. Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß das Gesetz einen objektiven Maßstab anlegt, daß danach jede Leistung, die innerhalb der Erfüllungszeit möglich wird, auch grundsätzlich als geschuldet anzusehen ist. Denn gemäß § 275 BGB wird die Leistungspflicht nur solange ausgesetzt, als die Leistung nicht erbracht werden kann. Die Leistungspflicht geht nach dem Gesetzeswortlaut nur unter, wenn dauernde Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten ist, wenn also die Leistung überhaupt nicht, oder doch nicht innerhalb der Erfüllungszeit erbracht werden kann.

Demnach müßten, wenn die Leistung nicht erbracht werden kann, beide Parteien das Ende der Erfüllungszeit und damit den Untergang des Vertragsverhältnisses durch Unmöglichkeit der Erfüllung abwarten. Das würde aber in vielen Fällen erhebliche Beschwernisse und Unbilligkeiten für die eine oder andere Partei mit sich bringen. Denn es wird häufig nicht mit Sicherheit festzustellen sein, wann die Unmöglichkeit entfallen wird, ob sie noch innerhalb der Erfüllungszeit entfallen wird. Wer kann voraussagen, wann die gestohlene Sache wieder zu beschaffen ist, die Nervenkrankheit, die den Künstler am Arbeiten hindert, zu heilen?

Bei vielen Schuldverhältnissen ist es aber unbedingt erforderlich zu wissen, ob die Leistung rechtzeitig wird erbracht werden können. Besonders das Interesse des Geschäftsverkehrs erfordert Voraussicht in die Zukunft [1]). Der Kaufmann, der über den Kaufgegenstand bereits disponiert hat, muß wissen, ob er ihn rechtzeitig erhalten wird, oder ob er, um seine Verpflichtung rechtzeitig erfüllen zu können, sich nach neuer Ware umsehen muß. Soll der Besteller eines Maßanzuges warten müssen bis der Schneider von der Krankheit, die ihn während der Arbeit befallen hat, deren Ende der Arzt nicht mit Sicherheit voraussagen kann, geheilt ist?

Am Ende der Erfüllungszeit ist es zu spät, sich nach einer neuen Leistung umzusehen [2]), denn das Ende der Erfüllungszeit bedeutet überwiegend zugleich das Ende des Interesses an der Leistung [3]). Vor dem Interessenwegfall schon müssen aber die Parteien Gewißheit über die künftige Gestaltung der Erfüllungsmöglichkeit haben [4]).

Die Ungewißheit, das Interesse an Gewißheit sind also Grundlage und Ursache der Problemstellung. Der Kern des uns beschäfti-

---

1) Vgl. die zutreffenden Ausführungen von Kleineidam I S. 99.
2) Ders. a.a.O.
3) Vgl. z. B. Berckemeyer S. 32, 21 ff.
4) Vgl. Planck Vorb. II 2 vor §§ 275 ff.; vgl. auch RG. 107. 158, 94. 47, 89. 205 und in JW. 19. 673.

genden Problems ist daher die Frage, wie die aus der Ungewißheitslage sich ergebenden Schwierigkeiten behoben oder vermieden werden können [5]).

Soweit die Beschaffung von Gewißheit nicht möglich ist, vermag nur so geholfen zu werden, daß vor dem Wegfall des Interesses an der Leistung, also meist schon vor Ablauf der Erfüllungszeit, das Schuldverhältnis gelöst und damit den Parteien für neue Dispositionen freie Hand gegeben wird.

### 1. Gemeines Recht.

Im Gemeinen Recht versuchte man die Lösung des Problems dadurch, daß man der wahrscheinlich dauernden Unmöglichkeit die gleiche Wirkung gab wie der tatsächlich dauernden.

Nach Mommsen [6]) ist einer Unmöglichkeit schon dann die Wirkung der dauernden zuzuschreiben, wenn dem Zustand, der die Leistung hindert, seiner Natur nach die Eigenschaft der Kontinuität zukommt. Diese Unmöglichkeit hebe die Verpflichtung für immer auf, die selbst dann nicht wieder hergestellt werde, wenn das Hindernis später wieder behoben wird [7]).

Etwas weniger eng hält v. Savigny zeitweilige Unmöglichkeit dann für vorliegend, wenn die Veränderung, wodurch die Behebung der Unmöglichkeit herbeigeführt werden kann, von der Art ist, daß man sie als gewöhnliches und nicht unwahrscheinliches Ereignis wohl erwarten kann [8]). Passe diese Formel nicht, dann sei die Unmöglichkeit eine dauernde und führe deren Wirkung, die endgültige Aufhebung der Verpflichtung, herbei.

### 2. Nach dem Rechte des BGB.

#### aa) Die Wahrscheinlichkeits-Theorien.

Wie die herrschende Meinung des Gemeinen Rechts macht die heute herrschende Lehre [9]) die Folgen einer Unmöglichkeit ungewisser Dauer von dem Ergebnis der Beurteilung ihrer Dauer abhängig. Man stellt Regeln dafür auf, wann eine Unmöglichkeit, deren Dauer sich nicht mit Sicherheit bestimmen läßt, als dauernd zu gelten habe und gibt dieser als dauernd geltenden Unmöglichkeit die volle Wirkung der tatsächlich dauernden.

Wird die wahrscheinlich dauernde Unmöglichkeit wider Erwarten rechtzeitig behoben, dann läßt man meist folgerichtig die Leistungspflicht nicht wieder aufleben und betrachtet die möglich gewordene Leistung als nicht mehr geschuldet.

---

5) Im Ergebnis übereinstimmend Leonhard I § 137.

6) Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, § 16; S. 147.

7) Mommsen a.a.O. § 25; S. 294.

8) v. Savigny, System III S. 167.

9) Kleineidam I 96 ff., II 120; Kisch I 22 ff.; Planck II vor § 275; Staudinger I 3 b zu § 323; Ennecc.-Lehm. § 46 IV; RGR.-Komm. A. 3 zu § 275.

Diese Wahrscheinlichkeitstheorien beanspruchen Geltung in und außer dem Prozeß. Wenn der Richter angerufen wird, sollen die aufgestellten Formeln ihm sagen, welche Art der Unmöglichkeit vorliegt und dem Urteil zugrunde zu legen ist. Den Parteien soll die Formel sagen, wie lange sie sich an den Vertrag gebunden halten müssen, wann sie ihn als erloschen betrachten und sich anderweitig ohne Risiko eindecken dürfen [10]).

Die Begriffsbestimmungen dafür, wann eine Unmöglichkeit als dauernd zu gelten habe, gehen oft recht weit auseinander, nicht nur in der Frage, welche Maßstäbe bei der Beurteilung anzulegen sind, sondern auch darin, welcher Zeitpunkt der endgültig maßgebenden Beurteilung zugrunde zu legen ist. Gerade diese letztere Frage ist von erheblicher Bedeutung für das Ergebnis der Beurteilung. Sehr oft stellt sich die Unmöglichkeit bei ihrem Eintritt als eine völlig andere dar, als in einem späteren Zeitpunkt.

K l e i n e i d a m [11]) schließt sich eng an die herrschende Lehre des Gemeinen Rechts an. Die Unmöglichkeit sei dann eine vorübergehende, falls dem Hindernis nach der Verkehrsanschauung der Charakter des Beharrens in dem Grade fehlt, daß die Behebung als das zu Erwartende anzusehen ist, falls das rechtzeitige Möglichwerden in der Natur der Unmöglichkeit begründet ist. Ein nicht in der Natur der Unmöglichkeit begründetes Wiedermöglichwerden lasse das Schuldverhältnis nicht wieder aufleben. Selbst die v o r Eintritt der F ä l l i g k e i t wider Erwarten behobene Unmöglichkeit lasse die erloschene Leistungspflicht nicht wieder aufleben [12]). Denn dem endgültig maßgeblichen Beurteilungsergebnis sei der Zeitpunkt zugrunde zu legen, in dem die Unmöglichkeit entstanden ist [13]).

Kleineidam unterscheidet dann von dieser zufällig behobenen dauernden Unmöglichkeit die von ihm als scheinbar dauernd benannte [14]). Eine solche liege vor, wenn das rechtzeitige Möglichwerden in dem Wesen der Leistungshinderung begründet und nicht nur durch Zufall herbeigeführt ist, die Parteien aber bei Eintritt dieser Unmöglichkeit die Behebung nicht voraussehen konnten. Bei dieser zeitweiligen Unmöglichkeit läßt Kleineidam die Leistungspflicht untergehen, wenn die Unmöglichkeit nicht angemessene Zeit vor dem Verfallstermin behoben wird [15]). Kleineidam gibt den Parteien einen gegenseitigen Anspruch auf Gewährung von Gewißheit über die Rechtzeitigkeit der Leistungserbringung. Die Parteien müßten sich das „Auf-die-künftige-Leistung-rechnen-können" gegenseitig obligationsmäßig gewähren. Dieses Gewähren werde dauernd unmöglich und das habe denselben Erfolg wie das Unmöglichwerden der Lei-

10) Planck Vorb. II 2 vor § 275.
11) Kleineidam I S. 96 ff.
12) Kleineidam I S. 98.
13) Derselbe II S. 120.
14) Derselbe I S. 98.
15) Derselbe I S. 99.

stung selbst, falls die scheinbar dauernde Unmöglichkeit nicht angemessene Zeit vor dem Verfallstermin behoben werde [16]).

K i s c h ist weniger streng in den Voraussetzungen des Begriffes dauernder Unmöglichkeit [17]). Die Unmöglichkeit sei solange eine dauernde, als sich aus allgemeinen Erfahrungssätzen oder den Umständen des Einzelfalles nicht sichere Anhaltspunkte für eine rechtzeitige Behebung ergeben, wenn also der rechtzeitige Wegfall sich nicht absehen lasse.

Die wider Erwarten rechtzeitig vor Fälligkeit geschehene Beseitigung der Leistungshinderung lasse den Vertrag nicht wieder aufleben; denn es dürfe dem Gläubiger nicht verwehrt sein, sich nach Eintritt der Unmöglichkeit sogleich nach einer anderweitigen Leistung umzusehen. Deshalb sei es unbillig, wolle man den Gläubiger an den Vertrag binden, bloß weil dieser infolge unabsehbarer Umstände wieder ausführbar geworden sei. Kisch fährt dann fort: „Anders ist natürlich zu entscheiden, wenn bis zum Wiedereintritt der Möglichkeit die Sachlage sich nicht verändert hat“ [18]).

Die Formel Kischs hat häufige Anerkennung gefunden. Krückmann [19]), Planck [20]), Staudinger [21]), Enneccerus-Lehmann [22]), auch Oertmann [23]) und insbesondere das Reichsgericht [24]) übernehmen, zum Teil mit in diesem Zusammenhang unbeachtlichen Abänderungen, diese Formel Kischs und geben der nach der Formel voraussichtlich dauernden Unmöglichkeit die Wirkung der tatsächlich dauernden. Insbesondere zieht man durchweg die Folgerung, daß die Verpflichtung nicht wieder auflebt, falls die Unmöglichkeit durch außergewöhnliche Umstände wieder behoben wird [25]).

Meinungsverschiedenheiten bestehen allerdings darüber, welcher Zeitpunkt der maßgeblichen Beurteilung zugrunde zu legen ist.

Planck [26]) und Staudinger [27]) stimmen darin überein, daß maßgeblich der Zeitpunkt zu sein habe, in dem die Parteien nach Treu und Glauben befugt sind, ihre Entschließungen zu treffen. Das Reichsgericht [28]), anscheinend auch Enneccerus-Lehmann [29]), auch Scheer [30]) und Scheller [31]) sind dagegen mit Kisch und Kleineidam

16) Kleineidam I S. 99.
17) Kisch I S. 22 ff. insb. S. 24.
18) Kisch I S. 25.
19) Krückmann I S. 81.
20) Planck Vorb. II 1a vor §§ 275 ff.
21) Staudinger I 3b zu § 323.
22) Ennecc.-Lehm. § 46 IV a und Anm. 22.
23) Oertmann Vorb. 5 vor § 275.
24) RG 42. 114 ff.; 88. 74 ff.; S.A. 45. 178; RGR.-Komm. Anm. 3 zu § 275.
25) Ennecc.-Lehm. a.a.O.; Kisch I S. 22 ff.; Kleineidam I S. 95 ff.
26) Planck Vorb. II 2 vor §§ 275 ff.
27) Staudinger § 323 I 3b.
28) RG JW. 27. 1363.
29) Ennecc.-Lehm. a.a.O.
30) Scheer S. 2.
31) Scheller S. 40 ff.

einig, daß der Zeitpunkt der Entstehung der Unmöglichkeit maßgebend sein müsse.

Aus dieser Divergenz ergibt sich ein praktisch wesentlicher Unterschied bei der Beantwortung der Frage, welche Wirkung der zufälligen Behebung der Unmöglichkeit beizumessen ist. Die Konstruktion Plancks und Staudingers nötigt nicht, wie die Kleineidams, zu der seltsamen Entscheidung, daß die noch vor Fälligkeit der Leistung erfolgte Behebung der Unmöglichkeit dann immer unbeachtlich sei und die Leistungspflicht nicht wieder aufleben lasse, wenn bei Eintritt der Unmöglichkeit die Behebung nicht zu erwarten schien.

Diese Wahrscheinlichkeitstheorien finden aber im Gesetze keinerlei Stütze [32]). Das Gesetz stellt nicht auf den Schein ab, nicht darauf, welche Dauer die Unmöglichkeit wahrscheinlich, erfahrungsgemäß zu haben scheint. Das Gesetz braucht einen objektiven Maßstab. Alle Leistungen noch innerhalb der Erfüllungszeit sind mögliche i. S. des § 275 BGB. Deshalb ist es systemwidrig, der scheinbar dauernden Unmöglichkeit die Wirkung der tatsächlich dauernden zuzuschreiben. Die h. M. kommt, folgerichtig durchgeführt, auch zu ganz unangemessenen Ergebnissen.

Es ist geradezu absurd anzunehmen, daß, wenn die verkaufte Sache gestohlen, aber nach kurzer Zeit, 3 Stunden etwa, wieder herbeigeschafft worden ist, das Schuldverhältnis dadurch untergegangen sein könnte [33]). Und doch muß man nach Kisch, Kleineidam und den anderen Angeführten dann diese Folgerung ziehen, falls die Herbeischaffung der Sache nach der jeweiligen Formel zunächst unwahrscheinlich zu sein schien.

Das Schuldverhältnis müßte sodann selbst dann untergegangen sein, wenn die Parteien überhaupt nichts von der vorübergehenden Unmöglichkeit gewußt haben. Dem natürlichen, unverfälschten Rechtsempfinden würde es aber Hohn sprechen, wollte man einer Partei gestatten, sich auf eine Unmöglichkeit zu berufen, die ohne ihr Wissen vorübergehend bestanden und ihr keinerlei Schaden zugefügt hat.

Diese Ergebnisse vermeidet zwar die Lehre Plancks [34]) und Staudingers [35]), nach der maßgebend für die Beurteilung der Zeitpunkt ist, in dem die Parteien nach Treu und Glauben ihre Entschließungen, insbesondere neue Dispositionen treffen dürfen. Wie aber soll dieser Zeitpunkt ermittelt werden [36])? Der zeitliche Spielraum innerhalb dessen dieser Zeitpunkt liegen kann, ist so groß, daß die Rechtssicherheit in erheblichem Maße darunter leiden muß. Wann darf der Gläubiger sich nach einer anderen Leistung umsehen, wann der Schuldner von Vorbereitungen für die Leistungserbringung absehen?

---

32) So auch Planck Vorb. II 2 vor §§ 275 ff. und Leonhard I § 137.
33) Wie hier: Leonhard I § 137.
34) Planck Vorb. II 2 vor §§ 275 ff.
35) Staudinger § 323 I 3b.
36) So auch Leonhard § 137.

Jede von Treu und Glauben abhängige Entscheidung muß, wenn sie der Partei überlassen wird, dem Unsicherheitsfaktor subjektiver Beeinflussung unterliegen. Die Ungewißheit darüber, wann der Zeitpunkt gekommen ist, zwingt darum die Partei, die vom Vertrage los will, entweder auf eigenes Risiko zu handeln, die Erfüllungszeit ist dann Gefahrzone, oder Klage zu erheben. Das folgt auch daraus, daß der Richter, wenn es nach der Behebung der Unmöglichkeit zum Prozesse kommt, auf Grund nachträglicher Prognose meist nicht zu dem gleichen Ergebnis kommen wird, wie die Partei, die v o r der Behebung die Sachlage beurteilt hat. Was vorher unwahrscheinlich schien, bietet sich nachher rückblickend oft ganz anders dar [37]). Zudem läßt auch die Ansicht Planck's und Staudinger's sich nicht aus dem Gesetze herleiten.

Die h. L. muß aber, auch abgesehen von dem Einflusse des Beurteilungszeitpunktes, zu ganz unangemessenen Ergebnissen führen.

Sie baut auf dem durch die Ungewißheit geweckten Interesse der einen oder anderen Partei an der Lösung des Vertrages auf. Wie aber, wenn ein billigenswertes derartiges Interesse gar nicht besteht, wenn sogar ein schutzwertes überwiegendes Interesse am Fortbestand des Vertrages besteht? Wie, wenn der Käufer dem zahlungsunfähigen Verkäufer schon eine Anzahlung geleistet hat, wenn die unmöglich gewordene Leistung unentgeltlich geschuldet wird, auf Grund eines Schenkungsversprechens, eines Vermächtnisses? Soll der Erbe die vermachten Schmucksachen dem Bedachten vorenthalten dürfen, weil sie eine Zeitlang unauffindbar waren? Die h. L. führt in diesen Fällen zu den seltsamsten Ergebnissen [38]). Sie muß dazu führen, weil die einzelnen Fälle in dem, für die Anwendung der jeweiligen Formel maßgeblichen Unmöglichkeitstatbestand übereinstimmen, im Uebrigen aber auf das krasseste von einander abweichen können, ohne daß an dem Ergebnis der Regelanwendung dadurch etwas geändert würde.

Kisch [39]) meint, falls die Sachlage sich nicht verändert hat, falls der Gläubiger noch nicht neu disponiert hat, sei die wider Erwarten möglich gewordene Leistung noch in obligatione. Dies zeigt, daß Kisch jene Schwierigkeiten nicht verkennt. Seine Meinung läßt sich aber positivrechtlich nicht begründen. Man kann die Entscheidung der Frage, ob dauernde Unmöglichkeit oder nicht, doch nicht davon abhängig machen, ob der Gläubiger sich an den Vertrag gehalten hat. Auch ein Wiederaufleben einer infolge dauernder Unmöglichkeit untergegangenen Leistungspflicht kennt unser Gesetz nicht.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß die h. L., die wahrscheinlich dauernde und tatsächlich dauernde Unmöglichkeit gleichsetzt, unbrauchbar ist, weil sie nicht nur aus dem Gesetze nicht zu rechtfertigen ist, sondern vor allem, weil sie zu unbrauchbaren Ergebnissen führt. Daß sie manchmal a u c h zu angemessenen Ergebnissen führt, beweist nichts für ihre Brauchbarkeit.

37) Wie hier Berckemeyer S. 17.
38) Vgl. insb. Leonhard § 137.
39) Kisch I S. 25.

bb) Abwarten des Ablaufs der Erfüllungszeit.

Den Gegensatz zur herrschenden Lehre bildet die Meinung, nach der die Leistungspflicht auch bei ungewiß lange dauernder Unmöglichkeit erst untergeht, wenn die Erfüllungszeit abgelaufen ist, ohne daß die Leistung erbracht werden kann. Jede Leistung innerhalb der Erfüllungszeit sei als möglich anzusehen, der scheinbar dauernden oder ihrer Natur nach dauernden Unmöglichkeit sei nicht die Wirkung der tatsächlich dauernden beizumessen. Man stellt auf den objektiv bestehenden Zustand ab [40]).

Diese Lehre hat den Vorzug, daß sie nicht gegen das Gesetz verstößt. Sie vermag aber nichts zu tun zur Lösung des Problems, wie die aus der Ungewißheitslage sich ergebenden Schwierigkeiten behoben werden können. Wenn auch der Begriff der Ungewißheit Schröders [41]) abzulehnen sein wird, so läßt sich doch nicht aus der Welt schaffen, daß infolge der Unsicherheit der menschlichen Erkenntnismittel eine Zeitlang Ungewißheit darüber bestehen kann, ob die Unmöglichkeit noch rechtzeitig entfallen werde [42]).

Dem Interesse der Parteien an der Beseitigung dieser Ungewißheitslage vermag auch nicht durch die von Titze [43]) und Berckemeyer [44]) angezogenen einzelnen Gesetzesbestimmungen der §§ 283; 326, 542, 626, 636, 649 BGB genügt zu werden. Einer der Hauptfälle, in denen die Ungewißheit zu Unbilligkeiten führt, wenn die verkaufte Sache nicht geleistet werden kann, wird durch diese Bestimmung nicht gedeckt.

Den Ausgleich in allen Fällen, in denen die Ungewißheit die Parteien übermäßig belasten würde, — die Existenz solcher Fälle wird also auch von dieser Lehre zugegeben, — soll nach Berckemeyer [45]) die Erfüllungszeit geben. Sie sei das Sicherheitsventil, denn sie stehe regelmäßig in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Interesse der Parteien an der alsbaldigen Gewißheit über die Erbringbarkeit der Leistung.

Wir vermögen Berckemeyer in dieser Beweisführung nicht zu folgen. Er führt selber zutreffend aus, daß die Erfüllungszeit die Zeitspanne ist, während der die Parteien noch an der Vertragserfüllung interessiert sind [46]). Dann ist es aber doch nach Ablauf der Erfüllungszeit, also nach Fortfall des Interesses, zu spät, sich nach einem anderen Schuldverhältnis umzusehen. Zudem vermag das die Dauer der Erfüllungszeit bestimmende Interesse an der Leistung längere Zeit zu dauern, als die Ungewißheit über die Erbringbarkeit der Leistung ertragbar ist. Das ist eine Erfahrungstatsache, ergibt sich außerdem aus einer einfachen Ueberlegung.

---

40) So Titze I S. 37; Siber S. 221; Berckemeyer S. 26 ff.
41) J. U. Schröder S. 59 ff.
42) Scheinbar a. A. Berckemeyer S. 27.
43) Titze II S. 357 f.
44) Berckemeyer S. 34 ff.
45) Berckemeyer S. 32.
46) Derselbe ebendort.

Es ist noch dazu nicht einmal notwendig, daß die Erfüllungszeit im Einzelfall mit der Zeit übereinstimmt, während der Interesse an der Leistung besteht. Die Vertreter der bekämpften Meinung sind darin einig, daß die Erfüllungszeit in erster Linie nach dem Inhalte des Vertrages, in zweiter Linie nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen ist [47]). Wenn nun aber die besondere Interessenlage im Vertrage nicht zum Ausdruck gekommen ist, — das wird häufig der Fall sein, weil man bei Abschluß des Vertrages nicht mit dem Unmöglichwerden zu rechnen pflegt —, und wenn sie auch von der nach der Verkehrsanschauung zu erwartenden abweicht? Es kann dann der Fall eintreten, daß die Zeit des Interesses an der Leistung keine Berücksichtigung finden kann, weil die aus Vertragsinhalt und Verkehrsanschauung ermittelte Erfüllungszeit viel länger dauert.

Es spricht ferner gegen diese Lehre, daß die Erfüllungszeit überwiegend gar nicht exakt feststellbar ist. Wo bleibt aber dann die Sicherheit des Verkehrs?

### cc) Die Stellungnahme des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung [48]) den Grundsatz, die objektiv zeitweilige Unmöglichkeit stelle sich im Rechtssinne als eine dauende dar, wenn infolge der notwendigen Verzögerung der Leistungsinhalt ein anderer geworden ist [49]), wenn die Leistung durch die Zeitverschiebung derart verändert worden ist, daß sie nicht mehr als die beim Vertragsschluß erwartete und gewollte zu erachten ist, oder zu erachten sein würde [50]), wenn die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt wird [51]). Die zeitweilige Unmöglichkeit sei der dauernden gleich zu erachten, wenn durch die Zeitverschiebung der Zweck des Vertrages und der Inhalt der vertraglichen Leistung wesentlich beeinträchtigt werden [52]), wenn die Leistung nach dem Möglichwerden einen ganz anderen wirtschaftlichen Inhalt haben würde, als die Parteien bei Abschluß des Vertrages angenommen haben [53]).

Enneccerus-Lehmann [54]), Staudinger [55]), anscheinend auch Oertmann [56]), haben diese Formulierungen übernommen.

Unter Veränderung des Leistungsinhaltes wird dabei nicht eine gegenständliche verstanden, es ist nicht eine Abweichung des möglichen vom geschuldeten Leistungsinhalt gemeint, mag es auch in RG 42, 114 ff. heißen, der Leistungsgegenstand s e l b e r werde verän-

47) Titze I S. 34 ff.; vgl. auch Berckemeyer S. 22 ff.
48) RG 42, 115; 88, 74; 89, 205; 90, 105; 92, 88, 426; 93, 343; 95, 309; 107, 158; in SA 45, 178; 71, 107; 74, 64; in JW. 1919, 44; 1927, 1363.
49) So insbes. RG 42, 114 ff.
50) RG 94, 97.
51) RG JW. 1927, 1363.
52) RG SA 45, 178.
53) RG SA 74, 64.
54) Ennecc.-Lehm. § 46 IV.
55) Staudinger I 3b zu § 323.
56) Oertmann Bem. 5 vor § 275.

dert und besitze nicht mehr die Fähigkeit, als Schulderfüllung zu dienen.

In Wirklichkeit ist es die Bedeutung der möglich gewordenen Leistung für die Parteien, die eine andere geworden sein muß, als sie nach dem Vertragsinhalt gedacht war. Das tritt in RG 88, 74 deutlich zu Tage: die zeitliche Verschiebung verändere die wirtschaftliche Bedeutung der Leistung in dem Maße, daß sie, wenn sie in Zukunft möglich geworden, etwas wesentlich anderes sein würde, als die im Vertrage bedungene Leistung. Nach RG 93, 343 ist die zeitweilige Unmöglichkeit als dauernde zu behandeln, wenn infolge des Einflusses der Zeitverschiebung die Leistung nicht mehr sinngemäße Erfüllung des Vertrages sein würde [57]).

Nach dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts würde also bei der Unmöglichkeit ungewisser Dauer nicht in jedem Falle das Ende der Erfüllungszeit abgewartet werden müssen, sondern es würde die Leistungspflicht und damit im Normalfalle auch das Schuldverhältnis, vorzeitig untergehen können.

Das Reichsgericht stützt seine Lehre im Wesentlichen auf §§ 242, 157 BGB. Das ist ausdrücklich ausgesprochen in RG SA 74, 64. Auch RG 95, 309; 105, 387 und RG JW 27, 1363 stellen darauf ab, ob die Lage der einen oder anderen Partei infolge der Zeitverschiebung so ungünstig geworden ist, daß ihr die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann. RG 107, 158 stellt sogar den Grundsatz auf, zeitweilige Unmöglichkeit sei der dauernden dann gleich zu erachten, wenn die Fortsetzung des Vertrages dem Gegner nicht zugemutet werden kann. Nach RG 89, 205 hat maßgebend zu sein, welches Interesse den Vorzug verdient, das der einen Partei an der Aufhebung des Vertrages oder das der anderen an der Fortsetzung und Erfüllung.

Trotz dieser Begründung mit §§ 242, 157 BGB läßt aber das Reichsgericht in sämtlichen Fällen die Auflösung des Vertrages sich aus dauernder Unmöglichkeit der Leistung vollziehen und lehnt das Rücktrittsrecht beispielsweise ausdrücklich ab [58]). Diese Lehre ist u. E. noch stark nachprüfungsbedürftig. Wann ist denn die Leistung infolge der Zeitverschiebung eine andere geworden, welches sind die Merkmale, an denen man das erkennen kann, wo liegen die Grenzen?

Es liegt der Ansicht zudem eine ganz unklare Vorstellung zugrunde. In Wahrheit handelt es sich in einigen Fällen darum, daß die Erfüllungszeit abgelaufen und deshalb die Leistungspflicht untergegangen ist. Das ist dort der Fall, wo der alleinige Grund für die Aufhebung des Vertrages der Zeitablauf ist, z. B. in RG 42, 114 ff.; SA 45, 176.

In der Mehrzahl der Fälle, in den Kriegsentscheidungen insbesondere, ist aber der wirkliche Grund für die Aufhebung des Vertrages nicht der Zeitablauf, sondern die Einwirkung äußerer anormaler Umstände, unerwarteter Rohstoffmangel oder Fertigwaren-

57) So auch RG SA 74, 64.
58) RG 88, 74.

mangel und das durch die Geldentwertung bewirkte Mißverhältnis zwischen Leistung und Kaufpreis.

Die rechtliche Begründung der Lehre ist völlig unhaltbar; denn der Tatbestand der dauernden Unmöglichkeit der Erfüllung und der dadurch bewirkte Untergang der Leistungspflicht stehen in keinerlei Abhängigkeitsverhältnis zu der auf Treu und Glauben beruhenden Zumutbarkeit der Leistungserbringung.

dd) Einrede aus entgegenstehendem eigenem Interesse.

In der Erkenntnis, daß die ipso iure wirkende Unmöglichkeit zur Lösung des uns beschäftigenden Problems angewendet, über das Ziel hinausschießt, will Krückmann [59]) die eine oder andere Partei vor dem aus der Ungewißheitslage sich ergebenden Risiko dadurch schützen, daß er ihr seine Einrede aus entgegenstehendem eigenem Interesse gewährt.

Um die Mangelhaftigkeit der h. L. und die Brauchbarkeit der eigenen zu beweisen, bezieht Krückmann [60]) sich auf die von Titze [61]) vertretene Meinung, Schuldner und Gläubiger seien nicht mit gleichem Maße zu messen, u. U. brauche der Gläubiger die Leistung nicht anzunehmen, während der Schuldner nicht das Recht habe die Erbringung zu weigern. Krückmann führt zu Recht aus, daß diese Ansicht Titze's mit dem Wesen der Unmöglichkeit nicht in Einklang zu bringen ist.

Aber auch die Einrede Krückmanns, die zwar geeignet ist, diese Ansicht Titze's zu tragen, auch die aus der ipso iure-Wirkung der h. L. sich ergebenden Mängel zu vermeiden, erscheint uns zur Lösung des Problems ungeeignet, weil sie zu keinem endgültigem Ergebnis führt [62]). Es erübrigt sich daher, auf die sehr bedenkliche rechtliche Begründung der Lehre einzugehen. Es mag nur auf die bei Leonhard [63]), auch bei Berckemeyer [64]), sich findende Widerlegung verwiesen werden.

ee) Rücktrittsrecht aus § 326 BGB.

Ausgehend von der Erkenntnis, daß bei ungewisser Dauer der Unmöglichkeit es einer Partei, die sich wegen dieser Ungewißheit vom Vertrage befreien will, möglich sein muß, einseitig ohne Prozeß die Sachlage zu klären, gibt Leonhard den Parteien ein Rücktrittsrecht aus § 326 BGB, ohne Rücksicht darauf, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat [65]). Leonhard geht dabei von folgender Ueberlegung aus.

---

59) Krückmann I S. 77 ff.
60) Krückmann I S. 79.
61) Titze I S. 36.
62) Ennecc.-Lehm. § 41.
63) Leonhard I §§ 245, 136.
64) Berckemeyer S. 10 f.
65) Leonhard I § 137.

Weil bei der Unmöglichkeit ungewisser Dauer jede Partei ein dringendes Interesse an der Endigung des Vertragsverhältnisses haben kann, sei der Gegner verpflichtet, wenn die Leistung nicht zu beschaffen ist, in die Auflösung des Vertrages einzuwilligen. Mit dieser Verpflichtung komme er in Verzug, wenn er nicht darauf eingeht. Die Partei sei daher gemäß § 326 BGB nach vorheriger Fristsetzung und Androhung des Rücktritts berechtigt, falls es nicht gelingt, die Leistung innerhalb der gesetzten Frist zu beschaffen, vom Vertrage zurückzutreten.

Auch Enneccerus-Lehmann [66]) und Hachenburg [67]) gewähren bei längerer Dauer der Unmöglichkeit den Parteien ein Rücktrittsrecht, allerdings ohne das Erfordernis vorheriger Fristsetzung. Eine positivrechtliche Begründung wird von ihnen aber nicht gegeben. Enneccerus-Lehmann begründet nur mit Billigkeitsrücksichten.

Eine ähnliche Konstruktion wie die Leonhards findet sich bei Kleineidam [68]) für eine Unmöglichkeit, deren Behebung, für die Parteien nicht erkennbar, in ihrer Natur begründet liegt. Es gehöre zum Schuldverhältnis, daß jede Partei auf rechtzeitige Leistung rechnen kann. Die Kontrahenten seien daher verpflichtet, dieses Rechnenkönnen auf rechtzeitige Leistung, die Gewißheit rechtzeitiger Leistungserbringung, sich gegenseitig obligationsmäßig zu gewähren. Die Erfüllung dieser Verpflichtung werde i. S. des Schuldverhältnisses dauernd unmöglich, falls eine Unmöglichkeit eintritt und nicht angemessene Zeit vor dem Verfallstermin behoben wird. Diese dauernde Unmöglichkeit Gewißheit zu gewähren müsse die gleichen Folgen haben wie die Unmöglichkeit der Hauptleistung.

Diese Konstruktion hat mit der Leonhards gemeinsam, daß sie ebenfalls von dem Grundgedanken ausgeht, die Parteien seien verpflichtet sich Gewißheit zu gewähren. Aus der Unmöglichkeit diese Verpflichtung zu erfüllen, ziehen beide jedoch verschiedene Folgerungen. Während Kleineidam dieser Unmöglichkeit die gleiche Wirkung beimißt wie der Unmöglichkeit der Hauptleistung und demgemäß die Folge des § 275 BGB eintreten läßt, folgert Leonhard aus ihr die weitere Verpflichtung, in die Auflösung des Vertrages einzuwilligen; der Verzug mit dieser Verpflichtung habe die gleiche rechtliche Bedeutung wie der Verzug mit der Hauptverpflichtung.

### b) Unsere Meinung.

Die kritische Untersuchung der verschiedenen Vorschläge zur Lösung unseres Problems, insbesondere der h. L., hat uns zu Erkenntnissen geführt, von denen die ideale Lösung des Problems ausgehen muß.

Wesentlich ist die Erkenntnis, daß die Lösung des Problems nicht aus dem Unmöglichkeitsbegriffe selbst geschöpft zu werden

66) Enneccerus-Lehmann § 46 Anm. 21.
67) Hachenburg in JW 1919. 444.
68) Kleineidam I S. 99.

vermag. Das erhellt aus der geschehenen Widerlegung der h. L. Wir haben dort die Feststellung getroffen, daß einerseits der Begriffsinhalt dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit nur nach objektiven Merkmalen, unter Zugrundelegung der Erfüllungszeit, bestimmt werden kann und daß andererseits die Rechtsfolge der dauernden und vorübergehenden Unmöglichkeit zweifelsfrei aus dem Gesetze hervorgeht; nur objektiv dauernde Unmöglichkeit hat gemäß § 275 BGB die Folge dauernden Untergangs der Leistungspflicht nur zeitweilig, für die Dauer der Unmöglichkeit, aufhebt. Damäß die Folge des § 275 BGB eintreten läßt, folgert Leonhard aus ihr bei ist es nach dem Gesetzeswortlaut ohne Bedeutung, daß in vielen Fällen erst nach Ablauf der Erfüllungszeit mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob es sich um vorübergehende Unmöglichkeit gehandelt hat. Das Gesetz steht auf dem Standpunkt einer objektiven Beurteilung des Tatbestandes.

Es geht also im Grunde nicht darum, die Folgen der Unmöglichkeit ungewisser Dauer zu ermitteln, sondern es ist festzustellen, welche Wirkung die Ungewißheit auf das Vertragsverhältnis ausübt.

Gegen diesen Grundsatz verstößt die h. L. Sie ändert willkürlich den Inhalt der Begriffe dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit hinsichtlich deren gegenseitiger Abgrenzung und versucht das uns beschäftigende Problem mittels einer Radikalkur, nämlich dadurch zu lösen, daß sie die Fälle der Unmöglichkeit ungewisser Dauer als Fälle objektiv dauernder Unmöglichkeit behandelt und damit praktisch aus der Welt zu schaffen versucht.

Die herrschende Lehre verstößt damit gegen das Gesetz. Leonhard vermeidet dagegen diesen Fehler. Er geht zutreffend davon aus, daß der Charakter der Unmöglichkeit nur nach objektiven Merkmalen und daher grundsätzlich erst nach Ablauf der Erfüllungszeit bestimmt werden kann, daß ferner die Rechtsfolge der im Einzelfall bestehenden Unmöglichkeit entsprechend ihrem, nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmenden Charakter gemäß der Gesetzesbestimmung des § 275 BGB eindeutig feststeht [69]).

Als Folge der Ungewißheit nur, um dem Interesse des Verkehrs gerecht zu werden, läßt der Vorschlag Leonhard's die vorzeitige Aufhebung des Vertrages zu [70]). Damit steht zumindest fest, daß ihm ein rechtssystematischer Verstoß, wie der h. L., nicht vorgeworfen werden kann.

Die Konstruktion Leonhards erweist sich aber auch unter den bekannten Lösungen als die praktisch brauchbarste. Die h. L. behandelt die Fälle der Ungewißheit als Fälle dauernder Unmöglichkeit. Sie läßt bei scheinbar dauernder Unmöglichkeit das Schuldverhältnis nach den Unmöglichkeitsregeln ipso iure, unabhängig von, auch gegen Willen und Absicht der Parteien, untergehen.

69) Leonhard I §§ 242, 137.
70) Derselbe I § 137.

Diese bei dem Eintritt dauernder Unmöglichkeit ex lege erfolgende ipso iure-Wirkung ist es, die in den Fällen der behobenen Unmöglichkeit über das Ziel hinausschießen muß. Sie hat Berechtigung, wenn, wie bei der objektiv dauernden Unmöglichkeit, das Möglichwerden der Leistungserbringung völlig ausgeschlossen ist, nicht aber, wenn es nur ungewiß ist, mag es auch unwahrscheinlich sein.

In dieser ipso iure-Wirkung liegt ein Hauptmangel der h. L. Die von Leonhard vorgeschlagene Lösung vermeidet ihn. Das Rücktrittsrecht gibt es den Parteien in die Hand, den Vertrag zu lösen oder aufrecht zu erhalten . Aus diesem Grunde wird z. B. das absurde Ergebnis der h. M. vermieden, daß eine alsbald behobene Unmöglichkeit, von deren Bestehen die Parteien keine Kenntnis hatten, den Vertrag trotzdem zerstört haben muß, wenn nur die Behebung die Unmöglichkeit zunächst genügend aussichtslos schien.

Die Lehre Leonhards hat auch im Gegensatz zur h. L. den Vorzug der Klarheit und Eindeutigkeit. Nach der h. L. müssen häufig Zweifel darüber bestehen, ob im Einzelfalle bei Eintritt der Leistungshinderung die Möglichkeit rechtzeitiger Leistungserbringung als genügend aussichtslos zu beurteilen war, damit die Unmöglichkeit ungewisser Dauer als dauernde Unmöglichkeit zu gelten hatte. Solange der Richter nicht entschieden hat, muß den Parteien die Entscheidung dieser Frage unsicher erscheinen, da sie in nichts einen greifbaren Ausdruck findet. Diese Unklarheiten vermeidet Leonhard dadurch, daß er das Vertragsverhältnis durch die Rücktrittserklärung endigen läßt.

Die Wirkung der Ausübung des Rücktrittsrechtes ist, auch im Gegensatz zur Wirkung der von Krückmann vorgeschlagenen Einrede aus entgegenstehendem eigenem Interesse, eine endgültig klärende und gibt eine abschließende Lösung.

Da die Ausübung des Rücktrittsrechtes an Gewährung und ergebnislosen Ablauf einer angemessenen Nachfrist gebunden ist, vermag auch das billigenswerte Ziel der erwähnten Ansicht Plancks [71]) und Staudingers [72]) erreicht zu werden, daß man erst angemessene Zeit die Entwicklung abwarten müsse, daß die Zerstörung des Vertragsverhältnisses erst in dem Zeitpunkte Berechtigung habe, in dem die Parteien nach Treu und Glauben neue Dispositionen treffen dürfen.

Denn es geht nicht an, daß eine Partei den zufälligen Eintritt der Unmöglichkeit zum Anlaß nimmt, sich von dem aus irgend einem Grunde lästig gewordenen Vertrage zu befreien. Nur ein schutzwertes Interesse an alsbaldiger Erlangung von Gewißheit über die künftige Gestaltung des Vertragsverhältnisses darf Grund für die vorzeitige Lösung des Vertrages sein.

Deshalb darf man den Untergang der Leistungspflicht durch Ausübung des Rücktrittsrechtes erst für den Zeitpunkt gestatten, in dem das Interesse der Partei, Gewißheit über die rechtzeitige Erbring-

71) Planck Vorb. II 2 vor §§ 275 ff.
72) Staudinger I 3b zu § 323.

barkeit der Leistung zu erlangen, derart dringlich geworden ist, daß nach Treu und Glauben ihr nicht zugemutet werden kann, sich weiterhin an den Vertrag gebunden zu halten. Eine Partei darf erst dann zurücktreten, wenn es Zeit geworden ist, daß sie sich, um die mit dem Vertrage bezweckte Bedürfnisbefriedigung mit Sicherheit zu erreichen, nach einem neuen Vertragsverhältnis umsehen muß. Das folgt aus dem unserem Schuldrecht immannenten Grundsatz der Vertragstreue.

Das zu berücksichtigen, dazu gibt die Konstruktion Leonhards, wie erwähnt, eine Handhabe in Gestalt der vor der Ausübung des Rücktrittsrechtes zu gewährenden und abzuwartenden Nachfrist aus § 326 BGB. Man wird für den Rücktritt wegen Ungewißheit deshalb nur eine solche Frist für angemessen erachten, die bis zu jenem Zeitpunkt die Entwicklung abwartet und dann erst die Erklärung des Rücktritts zuläßt.

Wir haben oben gegen die ebenerwähnte Lehre Plancks und Staudingers eingewendet, daß der Zeitpunkt, in dem die Parteien nach Treu und Glauben ihre Dispositionen treffen dürfen, nicht exakt feststellbar ist und demgemäß, soweit die Parteien ihre Entschlüsse davon abhängig zu machen haben, einen Faktor der Unsicherheit bilden muß.

Dieser Einwand trifft jedoch für die Konstruktion Leonhards nicht zu. Sie legt den Zeitpunkt, in dem der Vertrag endigt, bzw. die Leistungspflicht untergeht, eindeutig durch Fristsetzung und Erklärung des Rücktritts fest. Bei der Frage aber, ob die Frist eine angemessene ist, braucht innerhalb der Konstruktion Leonhards kein allzu strenger Maßstab angelegt zu werden, denn sie schützt den Gegner bereits durch die Fristsetzung als solche.

Eine Fristsetzung wird nicht in allen Fällen für erforderlich zu erachten sein. Der sofortige Rücktritt ist dann bedenkenlos zu gestatten, wenn eine Fristsetzung zwecklos erscheint, wenn z. B. der Schuldner dem Gläubiger mitgeteilt hat, (irrtümlich), die Leistung könne überhaupt nicht erbracht werden, sie sei dauernd unmöglich geworden. Entsprechend der Bestimmung des § 326 BGB darf der Rücktritt auch dann ohne vorherige Fristsetzung erfolgen, wenn der Gläubiger infolge der Ungewißheit an der künftigen Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr hat.

Die Lösung Leonhards entspricht auch am besten dem natürlichen Rechtsempfinden. In der Praxis werden billig und recht denkende Parteien, auch wenn sie von den Erfordernissen, wie sie die Lösung Leonhards aufstellt, keine Kenntnis haben, nach den Uebungen und Gepflogenheiten des Verkehrs die darin vorgeschlagenen Maßnahmen ergreifen.

Nachdem der Schuldner bemerkt hat, daß er die Leistung nicht oder nicht rechtzeitig erbringen kann, pflegt er dem Gläubiger davon Mitteilung zu machen. Normalerweise wird dann der Gläubiger antworten, daß er die Leistung nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkte brauchen könne, daß er spätere Leistung ablehnen werde. In diesem

Verhalten liegt die nach Leonhard erforderliche Fristsetzung und Androhung des Rücktritts. Unter Umständen wird der Gläubiger antworten, daß er ohne weiteres den Vertrag für gelöst erachte, daß er sofort zurücktrete. In einem solchen Falle wird zu prüfen sein, ob der sofortige Rücktritt dadurch gerechtfertigt ist, daß eine Fristsetzung zwecklos erscheint oder die später möglich werdende Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, weil etwa sein Interesse an Gewißheit bereits so dringlich geworden ist, daß er nach Treu und Glauben neue Dispositionen treffen darf.

So kommt der Vorschlag Leonhards zu einer der Natur der Sache entsprechenden Lösung unseres Problems, die dem Verkehrsinteresse besonders in Bezug auf Einfachheit und Klarheit, in hohem Maße gerecht wird.

Nun ist zwar das Rücktrittsrecht aus § 326 BGB nur für gegenseitige Verträge anwendbar. Aus dem Fehlen einer Regelung für Verpflichtungen aus einseitigen Rechtsgeschäften und einseitig verpflichtenden Verträgen kann jedoch ein Argument gegen den Vorschlag Leonhards nicht hergeleitet werden. Denn für diese Verpflichtungen besteht unser Problem gar nicht. Entweder ist hier durch Sonderbestimmungen dafür gesorgt, daß die Ungewißheitslage unschädlich gemacht werden kann, oder aber, ein schutzwertes Bedürfnis, die Ungewißheitslage durch Aufhebung der Leistungspflicht zu lösen, kann gar nicht bestehen.

Auch hier erweist sich die Ueberlegenheit der Lehre Leonhards gegenüber insbesondere der herrschenden. Disee muß, da sie die Lösung der Frage in dem Begriffe der Unmöglichkeit der Leistung sucht, auch die Leistungen aus einseitigen Rechtsgeschäften und einseitig verpflichtenden Verträgen einbeziehen. Das führt aber zu unangemessenen, unter Umständen, absurden Ergebnissen. Es sei hier nur auf das von Leonhard [73]) angeführte Beispiel verwiesen, daß der Gegenstand eines Vermächtnisses dem Erben zufällig abhanden kommt. Wenn die Wiedererlangung zunächst genügend aussichtslos erschien, muß nach der herrschenden Lehre die Leistungspflicht des Erben untergegangen sein. Ein völlig unsinniges Ergebnis.

Daß Leonhard mit Recht für Verpflichtungen aus einseitigen Rechtsgeschäften und einseitig verpflichtenden Verträgen eine Regelung nicht trifft, weil es einer solchen nicht bedarf, erweist die folgende Untersuchung.

Kommt bei der Auslobung die versprochene Sache zufällig abhanden, dann kann, solange die Handlung noch nicht vorgenommen, der Erfolg noch nicht herbeigeführt ist, gemäß § 658 BGB die Auslobung widerrufen werden. Sonst muß die versprochene Sache auch dann noch geleistet werden, wenn sie erst nach 20 Jahren wieder auftaucht.

Wenn aus einem Nachlaß Schmucksachen gestohlen worden sind, dann kann der Erbe sich nicht darauf berufen und muß sie dem

73) Leonhard I § 137.

mit dem Vermächtnis Bedachten auch dann noch herausgeben, wenn sie nach langen Jahren erst, unerwartet wieder auftauchen [74]); eine vorzeitige Aufhebung der Leistungspflicht wegen der zeitweiligen Unmöglichkeit oder der Ungewißheit wäre in beiden Fällen durch nichts zu rechtfertigen.

Falls der Auftrag für ungewiß lange Zeit unausführbar geworden ist, können beide Kontrahenten ihn gemäß § 671 BGB widerrufen bezw. kündigen. Damit ist eine Handhabe gegeben, bei Ungewißheit der Erfüllungsmöglichkeit die Sachlage zu klären.

Bei Leihvertrag und unentgeltlichem Verwahrungsvertrag kann das Problem nur bestehen hinsichtlich der Unmöglichkeit, die aus dem Realvertrage entspringende Rückgabeverpflichtung zu erfüllen. Die Ungewißheit darüber, wann der beim Entleiher bezw. Verwahrungsnehmer zufällig abhanden gekommene Vertragsgegenstand zurückgewährt werden kann, vermag aber ein billigenswertes Interesse an der Aufhebung der Rückgabeverpflichtung nicht zu begründen. Entleiher und Verwahrer müssen die bei ihnen zufällig abhanden gekommene Sache auch dann noch zurückgeben, wenn sie erst nach langen Jahren wieder zurückkommt. Auch hier würde mit der Ungewißheit ein Untergang der Leistungspflicht nicht zu rechtfertigen sein. Von praktischer Bedeutung ist die Frage bei diesen Vertragstypen für den Fall, daß Verleiher und Verwahrungsgeber nicht zugleich Eigentümer der Sache sind.

Bei dem Schenkungsversprechen besteht kein billigenswertes Interesse, die Leistungspflicht deshalb untergehen zu lassen, weil die versprochene Sache für ungewiß lange Zeit abhanden gekommen ist. Wenn die Uhr, die A dem B zu schenken versprochen hat, gestohlen worden ist, dann muß A sie auch dann noch dem B geben, wenn sie nach 25 Jahren erst wieder zurückkommt, mag man auch mit der Wiedererlangung überhaupt nicht gerechnet haben. Für eine Andersbehandlung läßt ein vernünftiger Grund sich nicht denken.

Was die einseitig verpflichtenden Vorverträge, Abschließungsverträge, wie Leonhard sie treffend bezeichnet [75]), anlangt, so bestehen bei ihnen keine besonderen Schwierigkeiten im Verhältnis zu ihren Pendantverträgen, da sie im wesentlichen nach Analogie der für diese geltenden Gesetzesbestimmungen zu behandeln sind. Wenn das Reitpferd, daß A dem B zu leihen versprochen hat, gestohlen wird, dann kann zwar grundsätzlich B auch dann noch auf Erfüllung des Vertrages bestehen, — falls bis dahin, die in solchen Fällen meist sehr kurze Erfüllungszeit noch nicht abgelaufen sein sollte, — wenn das Pferd erst nach 3 Jahren wieder zurück gebracht wird. A hat aber dann die Möglichkeit, den Vertrag gemäß den leichten Bedingungen des § 605 BGB auch vor der Gebrauchsgewährung zu kündigen. Aehnliches gilt für den unentgeltlichen Verwahrungsvorvertrag. Hier wird es als ein wichtiger Grund anzusehen sein, der nach Analogie des § 696 BGB dazu berechtigt, die Erfüllung des Vorvertrages

74) Leonhard I a.a.O.
75) Leonhard I § 138.

zu weigern, wenn nach einer vorher bestandenen Unmöglichkeit den Vertrag zu erfüllen, die Erfüllbarkeit sich unerwartet, nach längerer Zeit vielleicht gar, herausstellt.

Innerhalb der anderen einseitig verpflichtenden Verträge besteht unser Problem nicht. Bei ihnen läßt sich der Tatbestand einer durch eine Unmöglichkeit der Leistung hervorgerufenen Ungewißheit über die Möglichkeit rechtzeitiger Erfüllung des Vertrages nicht vorstellen.

Es ist also festzustellen, daß bei den sämtlichen Verpflichtungen aus einseitigen Rechtsgeschäften und einseitig verpflichtenden Verträgen unser Problem entweder nicht bestehen kann oder, wo es besteht, durch eine Sonderregelung hinreichend gelöst wird.

Zusammenfassend aber dürfen wir sagen, daß unter allen bekannten Konstruktionen die Leonhards zu den angemessensten und praktisch brauchbarsten Ergebnissen führt, dies insbesondere auch in den Fällen, in denen die bekannten Konstruktionen versagen.

Es sei noch kurz darauf hingewiesen, daß die gleiche Brauchbarkeit dem, wie oben erwähnt, von Enneccerus-Lehmann und von Hachenburg vorgeschlagenen bloßen Rücktrittsrecht o h n e vorherige Fristsetzung nicht zukommt. Denn gerade durch die grundsätzlich vor Ausübung des Rücktrittsrechtes dem Gegner zu gewährende und abzuwartende angemessene Frist vermag die von Leonhard vorgeschlagene Lösung der jeweils anders liegenden Billigkeitslage des besonderen Falles gerecht zu werden.

Auch die erwähnte, der Lehre Leonhards ähnelnde Konstruktion Kleineidams vermag sich mit jener nicht zu messen. Sie krankt an dem gleichen Mangel allzugroßer Starrheit wie die herrschende Lehre, da auch sie die Leistungspflicht nach den Regeln dauernder Unmöglichkeit ipso iure untergehen läßt.

Gegen die von Leonhard seiner Lehre gegebene positivrechtliche Begründung bestehen jedoch nicht unerhebliche Bedenken. Es läßt sich mindestens sehr darüber streiten, ob der Satz, mit dem die Konstruktion steht und fällt, zutreffend ist, der Gegner sei verpflichtet, wenn die Leistung nicht beschafft werden kann, in die Auflösung des Vertrages einzuwilligen und der Verzug mit dieser Verpflichtung berechtige zum Rücktritt gemäß § 326 BGB [76]). Dagegen läßt sich sagen, daß unser Gesetz eine rechtliche Verpflichtung der Parteien, sich zu einigen oder zu vergleichen, nicht kennt. Die Gerichte sind dazu da, wenn eine Einigung nicht zustande kommt, den Streit zu entscheiden [77]). Auch ist § 326 BGB grundsätzlich nur beim Verzuge mit der H a u p t v e r p f l i c h t u n g des gegenseitigen Vertrages anwendbar [78]). Die Aufklärungspflicht Leonhards ist aber u. E. nicht eine solche Hauptverpflichtung, deren Verletzung die Anwendung des § 326 BGB rechtfertigen könnte. Und wenn man schließlich mit der Begründung der Lehre aus Schuldnerverzug Ernst machen wollte, könnte gemäß § 326 BGB auch anstelle der Ausübung des Rücktritts-

76) Leonhard I § 137.
77) So auch Berckemeyer S. 20.
78) Vgl. Enn.-Lehm. § 52 I 3; Leonhard I § 277.

rechtes Schadensersatz für den aus der Nichterfüllung der Aufklärungspflicht entstandenen Schaden gefordert werden. Soweit aber darf man u. E. nicht gehen, denn der Schuldner hat ja weder die Unmöglichkeit, noch die Ungewißheit zu vertreten.

Immerhin läßt sich aber das Ergebnis Leonhards doch auf einem anderen Wege erreichen. Das soll noch näher dargelegt werden. Zuvor aber wollen wir bekennen, die bloße Feststellung, daß die Lehre nach positivem Recht nicht unhaltbar ist, daß sie sich vertreten läßt, genügt uns ihr beizutreten. Denn es kommt uns weniger auf die Feinheit und Aesthetik der juristischen Konstruktion an, als auf ihre praktische Brauchbarkeit und Nützlichkeit. Wir hüten uns bewußt davor, in den leider zu weit verbreiteten, in seinen Folgen schwerwiegenden Fehler zu verfallen, die Form in unserem Rechtssystem als Selbstzweck zu betrachten. Die Jurisprudenz ist eine angewandte Wissenschaft. Deshalb kommt es uns in erster Linie auf den praktischen Wert einer Lehre an. Darum auch erachten wir in erster Linie für maßgebend, daß unter allen bekannten Lösungen die Leonhards zu den praktisch brauchbarsten Ergebnissen führt, ohne auch nur in Grenzfällen zu versagen.

Da es eine bessere oder gleich brauchbare Lösung nicht gibt, begnügen wir uns, um ihr beizutreten, mit der Feststellung, daß sie rechtssystematisch nicht unhaltbar ist, zumal auch die herrschende Lehre, die sogenannte Wahrscheinlichkeitslehre mit dem Gesetze nicht zu vereinbaren ist. Mit dieser unserer Ansicht halten wir uns in durchaus vertretbaren Grenzen einer Interessenjurisprudenz, die mit Freirecht keineswegs auf eine Stufe gestellt werden darf.

Wir wollen nunmehr versuchen, die Zulässigkeit der Lehre de lege lata zu rechtfertigen. Wir erhoben gegen sie das Bedenken, daß kein Verzug mit der Hauptverpflichtung eingetreten sei und deshalb § 326 BGB nicht Anwendung finden könne. Dagegen läßt sich aber auch wieder sagen, daß als Hauptverpflichtung in diesem Sinne jede unter den obwaltenden Umständen erheblich in's Gewicht fallende Verpflichtung zu verstehen sei [79]). Daß aber das Interesse einer Partei an Gewißheit über die rechtzeitige Erfüllbarkeit des Vertrages ein sehr erhebliches zu sein vermag, kann wohl kaum bestritten werden. Daraus folgt, daß auch die Verpflichtung Gewißheit zu gewähren, von der Leonhards ausgeht, eine erheblich ins Gewicht fallende sein kann.

Auch der weitere Einwand, daß kein eigentlicher Verzug vorliege, läßt sich überwinden. Denn man kann sich darauf berufen, daß das Gesetz selbst in einzelnen Fällen beim Vorliegen nur der objektiven Voraussetzungen des Verzuges, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner die Leistungszögerung oder Leistungshinderung zu vertreten hat, dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht gewährt, dessen Ausübung davon abhängig ist, daß der Schuldner eine ihm vom Gläubiger gesetzte angemessene Frist hat verstreichen lassen.

Der Mieter kann gemäß § 542 BGB fristlos kündigen, wenn ihm der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache nicht recht-

79) Vgl. Enn.-Lehm. § 52 I 3.

zeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Die Ausübung des Rücktrittsrechtes ist davon abhängig, daß der Vermieter eine ihm vom Mieter gesetzte angemessene Frist fruchtlos hat verstreichen lassen. Die Bestimmung des § 542 BGB ist auch dann anwendbar, wenn die nichtrechtzeitige oder nichtununterbrochene Gebrauchsgewährung auf einer zufälligen Unmöglichkeit beruht.

Wenn beim Werkvertrage das hergestellte Werk an einem Mangel leidet, dessen Beseitigung dauernd unmöglich ist, dann kann der Besteller Wandlung oder Minderung verlangen, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner den Mangel oder die Unmöglichkeit seiner Beseitigung zu vertreten hat (§ 634 Abs. II BGB). Ist aber die Möglichkeit rechtzeitiger Mangelbeseitigung nicht ausgeschlossen, ist sie nur ungewiß, mag sie auch unwahrscheinlich sein, dann hat der Besteller die Wandlungs- oder Minderungsansprüche erst, nachdem er zur Vornahme derselben eine angemessene Frist gesetzt und abgewartet hat, (§ 634 Abs. I BGB). Auch hier kommt es nicht darauf an, ob der Schuldner die Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung oder den Mangel zu vertreten hat.

Wird das Werk nicht rechtzeitig hergestellt und hat der Unternehmer die Verzögerung zu vertreten, dann hat der Besteller die nach allgemeinen Grundsätzen aus dem Verzuge sich ergebenden Rechte, (§ 631 Abs. I S. 2).

Aber auch wenn der Unternehmer sich nicht im Verzuge befindet, kann der Besteller einseitig, durch Rücktritt das Vertragsverhältnis lösen, wenn das Werk nicht rechtzeitig hergestellt wird, (§ 636 BGB). Die Ausübung des Rücktrittsrechtes ist genau so wie in § 326 BGB davon abhängig, daß eine dem Unternehmer (Schuldner), gesetzte angemessene Frist fruchtlos verstrichen ist. Einer Fristsetzung bedarf es dann nicht, wenn die Herstellung dauernd unmöglich ist oder verweigert wird, oder, wenn der Rücktritt durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird (§ 636 i. Vbdg. mit § 634 Abs. 2 BGB).

Besteht also Ungewißheit über die Dauer der Unmöglichkeit das Werk her- oder fertigzustellen, dann muß grundsätzlich der Besteller dem Unternehmer zur Fertigstellung eine angemessene Frist setzen. Nach deren Ablauf darf er ohne Rücksicht darauf, ob der Unternehmer die Zögerung zu vertreten hat, gemäß § 327 BGB vom Vertrage zurücktreten (§ 636 BGB).

Das gleiche gilt gemäß § 651 Abs. I in Vbdg. mit §§ 636, 634 BGB für den Werklieferungsvertrag, dessen Gegenstand eine nicht vertretbare Leistung bildet.

Die eben angeführten Bestimmungen aus dem Rechte des Miet- und Werkvertrages erhellen, daß unser bürgerliches Gesetzbuch ein wie in § 326 BGB an Gewährung und ergebnislosen Ablauf einer angemessenen Nachfrist gebundenes Rücktrittsrecht auch in solchen Fällen kennt, in denen die Leistungszögerung nicht vom Schuldner zu vertreten ist.

Diese Feststellung bedeutet aber nicht nur ein Argument gegen

den Einwand, die von Leonhard vorgeschlagene Lösung bewirke eine Umgehung der Bestimmung des § 326 BGB. Sie bietet auch die Möglichkeit, im Wege der Rechtsanalogie der Konstruktion Leonhards eine zusätzliche Begründung zu geben. Das mag die folgende Erwägung dartun.

Unser bürgerliches Gesetzbuch gibt zwar außer durch die angeführten Bestimmungen beim Miet- und Werkvertrage, auch noch in einzelnen anderen Schuldverhältnissen durch Sonderbestimmungen die Möglichkeit, die Ungewißheit unschädlich zu machen. Der Dienstvertrag kann bei wichtigem Grunde von beiden Parteien fristlos gekündigt werden (§ 626 BGB). Der Gesellschaftsvertrag, der nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, kann jederzeit gekündigt werden. Eine Gesellschaft, die für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, kann vor Ablauf dieser Zeit jederzeit gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 723 BGB). Sowohl bei Dienstvertrag als auch bei Werkvertrag wird es als ein zur fristlosen Kündigung berechtigender wichtiger Grund anzusehen sein, wenn die vertragsmäßig geschuldete Leistung für ungewiß lange Zeit nicht erbracht werden kann. Die für einzelne einseitig verpflichtende Verträge bestehenden einschlägigen Sonderbestimmungen sind bereits oben aufgeführt worden.

Trotz aller dieser Sonderbestimmungen bleiben aber doch noch wichtige Fälle ungewisser Erfüllungsmöglichkeit, so bei dem praktisch wichtigsten Vertragsverhältnis, dem Kaufvertrage, für die es keine Regelung im Gesetze gibt. Die Frage, warum eine solche dafür fehlt, entbehrt nicht der Berechtigung. Aus der Antwort darauf muß sich ergeben, ob für die nicht geregelten Fälle der Schluß auf's Gegenteil (arg. e contrario) zwingend ist, oder ob der Analogieschluß gestattet ist.

Wir sind der Ansicht, daß das Fehlen einer die Folgen der Ungewißheit regelnden Allgemeinbestimmung eine Lücke im Gesetze darstellt. Das darf schon aus dem Vorhandensein der zahlreichen untereinander erheblich abweichenden Meinungen und Konstruktionen zur Behebung der aus der Ungewißheit sich ergebenden Schwierigkeiten geschlossen werden. Es scheint ein vom Gesetzgeber nicht erkannter Mangel zu sein, daß in das Gesetz anstelle der Einzelbestimmungen nicht eine Allgemeinbestimmung aufgenommen worden ist.

Warum soll beispielsweise, wenn die geschuldete Leistung nicht rechtzeitig erbracht werden kann, ohne daß Schuldnerverzug vorliegt, beim Werklieferungsvertrage über nicht vertretbare Sachen, nicht aber beim Kaufvertrage, auch wenn er über nicht vertretbare Sachen geht, der Gläubiger ein Rücktrittsrecht nach vorgängiger Fristsetzung haben? Ein rechtspolitischer Grund, den Gläubiger in dem einen Falle besser zu stellen als in dem anderen, wird nicht aufgezeigt werden können.

Beim Mietvertrage über Wohnungen wird zwar regelmäßig das Interesse des Mieters an rechtzeitiger und ununterbrochener Gebrauchswährung besonders dringlich sein und deshalb das besondere Kündigungsrecht des § 542 BGB rechtfertigen. Das gilt

aber doch einerseits nicht ohne weiteres auch für Mietverträge über andere Sachen und andererseits vermag das Interesse des Käufers an rechtzeitiger Eigentumsverschaffung und der damit im Regelfall verbundenen Sachübergabe ebenso dringlich zu sein. Der Gebrauchserwerb bei der Miete ist doch grundsätzlich nur ein minus gegenüber dem mit dem Kaufe bezweckten Eigentumserwerb.

Selbst die Motive lassen einen rechtspolitischen Grund für diese Sonderregelungen im Rechte des Miet- und Werkvertrages nicht erkennen. Sie beschränken sich darauf zu erklären, es liege ein praktisches Bedürfnis vor [80]). Worin dieses aber überhaupt und gerade beim Miet- und Werkvertrage im Gegensatz zu anderen Vertragstypen zu finden ist, verschweigen sie.

Auch der von der Rechtsprechung aufgestellte Grundsatz, daß Dauerschuldverhältnisse, die zu einer persönlichen Leistung verpflichten oder ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis voraussetzen, ganz allgemein aus wichtigem Grunde fristlos gekündigt werden können, bietet ein Argument für unsere Ansicht. Dieser Grundsatz wird hergeleitet aus Analogie der Bestimmungen §§ 92, 133 HGB und §§ 626, 723 BGB, er wird angewendet auch für sämtliche langfristigen Bezugsverträge [81]). Man mag über diese Lehre streiten [82]). Der Umstand, daß sie von unserem höchsten Gericht, auch von namhaften Vertretern der Wissenschaft für notwendig erachtet und vertreten wird, sowie die Art ihrer rechtlichen Begründung bedeuten eine wertvolle Stütze für die Zulässigkeit unserer Ansicht.

Wir erachten uns daher berechtigt, die Lücke im Gesetz durch eine aus den Bestimmungen der §§ 542, 634, 636, 651 BGB gezogene Rechtsanalogie auszufüllen, die im wesentlichen zu dem Ergebnis des von Leonhard vorgeschlagenen Rücktrittsrechtes kommt.

Mit dieser Begründung kommen wir aber auch zu einigen wünschenswerten, nicht unwichtigen Abänderungen der Lösung Leonhards.

Das Rücktrittsrecht wird in den unserem Analogieschluß dienenden Bestimmungen durchweg nur dem Gläubiger gewährt. Leonhard gibt das Rücktrittsrecht aber beiden Parteien, da er davon ausgeht, daß diese sich gegenseitig Gewißheit zu gewähren haben. Uns will scheinen, daß es unangebracht ist, auch dem Schuldner das Rücktrittsrecht zu geben. Solche Fälle, in denen ihm aus der Ungewißheit des Leistenkönnens ein rechtlich schutzwertes Interesse an einer vorzeitigen Aufhebung seiner Leistungspflicht, d. h. an einer Aufhebung vor Ablauf der Erfüllungszeit, erwächst, lassen sich kaum denken. Der Schuldner wird durch den Eintritt der „Unmöglichkeit der Erfüllung infolge Ablaufs der Erfüllungszeit" noch rechtzeitig genug geschützt. Das für den Gläubiger aus der Ungewißheit erwachsende Interesse an vorzeitiger Lösung des Vertragsverhältnisses folgt daraus, daß die Ungewißheit die mit dem Vertrage bezweckte Bedürfnisbefriedigung des Gläubigers gefährdet.

80) Motive 2, S. 418 und 483.
81) Vgl. Ennec.-Lehm. § 4 II 3 mit Literaturangaben.
82) Gegen diese Lehre: Leonhard II § 83.

Das kann beim Schuldner nicht der Fall sein. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen Titze [83]) und Krückmann [84]). Deshalb scheint uns die aus unserer Begründung mit Rechtsanalogie allein zu rechtfertigende Gewährung des Rücktrittsrechtes nur an den Gläubiger, berechtigt zu sein.

Die Durchführung des Rücktritts, die Rückgewähr bereits erfolgter Leistungen, müßte nach der von Leonhard gegebenen Begründung gemäß § 327 S. 1 BGB nach Maßgabe der für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Bestimmungen der §§ 346 bis 356 BGB erfolgen. Das würde aber eine unangebrachte Härte bedeuten. Da der Rücktritt in Wahrheit wegen eines Grundes erfolgt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, — die zufällige Unmöglichkeit ungewisser Dauer, — erscheint es angemessener, auf Grund der Bestimmung des § 327 S. 2 BGB die mildere Haftung nach Maßgabe der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung eintreten zu lassen. Dazu besteht aber eine Möglichkeit nur, wenn man das Rücktrittsrecht mit der Rechtsanalogie der erwähnten Bestimmungen begründet; denn diese Begründung geht gerade davon aus, daß der Rücktritt wegen eines Grundes erfolgt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Die Anwendbarkeit des § 327 BGB für die Durchführung dieses Rücktritts ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 636 BGB, der sie ausdrücklich vorschreibt. Mit dieser Abänderung kommt man mit der Konstruktion Leonhards nicht nur, wie ausführlich dargelegt, hinsichtlich des „ob" und „wie" der Vertragsauflösung zu einem angemessenen, einwandfreien Ergebnis, sondern auch hinsichtlich der Liquidation des gelösten Vertrages.

Mit unserer Begründung aus Rechtsanalogie entfällt außerdem ein bereits erwähnter Schönheitsfehler der Lehre Leonhards. Wollte man mit der Begründung aus Schuldnerverzug Ernst machen, dann müßte man folgerichtig gemäß § 326 BGB dem Gläubiger alternativ neben dem Rücktrittsrecht einen Anspruch auf Schadensersatz zubilligen. Das würde aber, wie oben erwähnt, über das Ziel hinausschießen.

Bei ungewisser und scheinbar dauernder Erfüllungsunmöglichkeit wird das Vertragsverhältnis häufig anders als durch Ausübung des Rücktrittsrechtes untergehen. Wenn der Schuldner erklärt, er könne nicht (überhaupt nicht) leisten und der Gläubiger darauf eingeht, so kann darin eine vertragsmäßige Aufhebung der Obligation erblickt werden [85]). Hat der Gläubiger Schadensersatz oder das stellvertretende Commodum gefordert und auch geleistet erhalten, dann ist damit der Vertrag durch Erfüllung erloschen [86]). Die von Titze [87]) vertretene Meinung, der Gläubiger könne die möglich gewordene

83) Titze I S. 36.
84) Krückmann I S. 79.
85) So auch Leonhard I § 137.
86) Im Ergebnis übereinstimmend Leonhard a.a.O.
87) Titze I S. 151.

Leistung gegen Rückgabe des Commodum verlangen, muß zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Es müßte dann auch der Schuldner das Recht haben, das Commodum oder den Schadensersatz zurück zu verlangen und dem Gläubiger die möglich gewordene Leistung aufzuzwingen, gleichgültig wie auch der Gläubiger mit Rücksicht auf seine Meinung, der Vertrag sei erledigt, bereits disponiert haben mag. Ist der Schuldner zur Leistung von Schadensersatz oder des Commodums rechtskräftig verurteilt, dann ist damit die Leistung, auch wenn sie alsbald möglich wird, für den Gläubiger erledigt.

## V. DIE UNMÖGLICHKEIT UNGEWISSER DAUER UND DER PROZESS.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Frage, welchen Einfluß die Ungewißheit im Prozeß ausübt. Darin sind zwei Fragenkomplexe enthalten: welches Urteil muß ergehen, wenn eine Unmöglichkeit vorliegt, deren Dauer ungewiß ist und: welche Wirkung kommt der Rechtskraft eines solchen Urteils zu, wenn die Leistung noch innerhalb der Erfüllungszeit möglich wird?

Wenn in einem Rechtsstreit sich herausstellt, daß die eingeklagte Leistung nicht erbracht werden kann und es ungewiß ist, ob das Hindernis noch vor Ablauf der Erfüllungszeit entfallen wird, dann muß die Klage auf jeden Fall abgewiesen werden. Es darf niemand zu einer Leistung verurteilt werden, falls feststeht, daß er sie nicht erbringen kann. Daß dieses Urteil nicht ein Prozeßurteil, sondern ein Sachurteil ist, sollte eigentlich keinem Zweifel unterliegen können [1]); denn es entscheidet in der Sache selbst, seine Entscheidung folgt aus der materiellrechtlichen Bestimmung des § 275 BGB. Weil dieser Bestimmung gemäß während der Dauer der Unmöglichkeit eine Leistungspflicht nicht besteht, wird die Klage, nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abgewiesen.

Die vorübergehende Unmöglichkeit gibt aber nicht, wie Krückmann [2]) und Kisch [3]) meinen, eine aufschiebende Einrede; diese Ansicht läßt sich mit dem Wortlaut und Sprachgebrauch des Gesetzes nicht vereinbaren. § 275 BGB gibt einen Einwand [4]). Der Anspruch ist kraft rechtens aufschiebend bedingt durch den Wegfall der Unmöglichkeit [5]). Daraus folgt, daß vor Eintritt der Bedingung, da ein Anspruch dann noch nicht oder noch nicht wieder zur Entstehung gelangt ist, die Klage abgewiesen werden muß.

Welchen Inhalt aber ein solches klagabweisendes Urteil hat, diese Frage wird in der Literatur mit viel Streit erörtert. Es ist dies vor allem eine Frage der Rechtskraft.

---

1) Vgl. Hellwig I S. 139; Planck Anm. 2b zu § 275.
2) So Krückmann I S. 80.
3) So Kisch I S. 21.
4) Allgemeine Meinung, vgl. Leonhard I § 243.
5) Planck Bem. 2b zu § 275.

Das rechtskräftig klagabweisende Urteil hat eine Doppelwirkung. Nach der zuerst von Kohler [6]) und Schwartz [7]) vorgetragenen, seit einiger Zeit erfolgreich von Rosenberg [8]) und Anderen [9]) vertretenen Meinung, die wir für zutreffend erachten, ist die Rechtskraft negative Prozeßvoraussetzung. Der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache bewirkt, daß die Klage durch Prozeßurteil, als unzulässig, abgewiesen wird.

Die andere Rechtskraftswirkung besteht in der Maßgeblichkeit des Urteilsinhalts. Es ist dies die Feststellungswirkung des rechtskräftigen Sachurteils.

Was die Rechtskraft als negative Prozeßvoraussetzung anlangt, so hat unsere Untersuchung sich darauf zu richten, ob der Einwand der Rechtskraft in seiner Wirkung als negative Prozeßvoraussetzung zutrifft, falls nachträglich die Leistungshinderung entfällt. Der Einwand der Rechtskraft ist nur begründet bei Anspruchsidentität. Das ergibt sich aus § 322 ZPO, „... insoweit über den erhobenen Anspruch entschieden ist." Mit Anspruch ist hier nicht der des BGB gemeint (eine Berechtigung), sondern gemeint ist der prozessuale Anspruch, das Urteilsbegehren [10]). Dieses wird gekennzeichnet durch Klaggrund und Klagantrag. Der Anspruch des § 322 ZPO ist die aus dem Klaggrund in Anspruch genommene Rechtsfolge [11]). Die Frage der Rechtskraft ist eine Frage der Anspruchsidentität. Aus alledem folgt, daß der in dem neuen Prozeß geltend gemachte Anspruch dann nicht mehr identisch mit dem abgewiesenen ist, falls die Unmöglichkeit der Leistungserbringung nachträglich, das heißt, nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, entfallen ist. Denn der Fortfall der Leistungshinderung bedeutet eine Aenderung im Klaggrund [12]). Es darf also, falls die neue Klage sich auf die nachträgliche Beseitigung der Unmöglichkeit stützt, trotz rechtskräftiger Klagabweisung nocheinmal gestritten und entschieden werden. Der Einwand der Rechtskraft trifft nicht zu in seiner Eigenschaft als negative Prozeßvoraussetzung.

Ob aber anders entschieden werden, ob der neuen Klage stattgegeben werden darf, ist eine Frage der anderen Wirkung der Rechtskraft, eine Frage der Feststellungswirkung.

Diese Feststellungswirkung besteht in der Maßgeblichkeit des Urteilsinhalts. Ihr Umfang wird bestimmt durch den Umfang der rechtskräftigen Entscheidung. Das folgt aus § 322 ZPO., „... soweit über den erhobenen Anspruch entschieden ist." Welches nun der Umfang der Entscheidung ist, ergibt sich in erster Linie aus dem Urteilsspruch. Beim klagabweisenden Urteil lautet er ein-

---

6) Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen S. 97.
7) Schwartz I S. 24 f. insbes.
8) Rosenberg § 154 II 3.
9) Insbes. Böttticher S. 139 ff., 220 ff.
10) Vgl. insbes. die eingehende Begründung bei Rosenberg § 88.
11) So Stein-Jonas IV 2 zu § 322, RG 129. 60.
12) Ebenso: Berckemeyer S. 42.

fach: die Klage wird abgewiesen. Wieweit damit über den Anspruch entschieden ist, läßt sich daraus aber nicht entnehmen. Diese Frage kann nur aus den Urteilsgründen beantwortet werden.

Wir brauchen hier nicht den Streit zu entscheiden, ob auch die Gründe des Urteils in Rechtskraft erwachsen [13]), oder ob allein der Tenor rechtskräftig wird und die Gründe nur zu dessen Auslegung herangezogen werden müssen bzw. dürfen [14]). Darüber kann jedenfalls kein Zweifel bestehen, daß wir Inhalt und Umfang des klagabweisenden Urteils aus dem Tenor allein nicht erkennen können und daher den Urteilsgründen Einfluß einräumen müssen.

Deshalb ist das klagabweisende Urteil, falls es, wie seinen Gründen zu entnehmen ist, davon ausgeht, daß die Leistungshinderung eine vorübergehende, oder doch nicht eine dauernde sei, dahin auszulegen, daß es lediglich das Nichtbestehen eines Anspruchs zur Zeit der Urteilsfällung feststellt. Auf diese Feststellung beschränkt sich seine Feststellungs-, seine Maßgeblichkeitswirkung. Damit bleibt die Frage offen, ob der Anspruch später zur Entstehung kommen werde. Ihre Beantwortung hängt davon ab, ob die Leistung innerhalb der Erfüllungszeit wieder möglich wird. Jedenfalls hat das Urteil nicht ausgesprochen, daß auch in Zukunft ein Anspruch nicht zur Entstehung kommen wird. Es wäre kein Grund ersichtlich aus der Tatbestandslage vorübergehender Unmöglichkeit die nach dem Gesetze nicht gerechtfertigte Folge dauernden Untergangs der Leistungspflicht herzuleiten. Der Gläubiger darf daher erneut klagen und diese Klage muß Erfolg haben, falls nach Erlaß des ersten Urteils die Unmöglichkeit behoben worden ist.

Es ist eigentlich ganz selbstverständlich, auch aus der Bestimmung des § 767 ZPO zu schließen, daß nach Schluß des ersten Verfahrens entstandene Tatsachen, wie der Fortfall der Unmöglichkeit, durch die Rechtskraft nicht praekludiert werden können. Falls nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch entstanden sind, können diese speziell zur Abwehr der Zwangsvollstreckung mittels der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Das ist aber nicht der einzige Rechtsbehelf. Es ist zulässig, die neuen Tatsachen auch auf andere Weise, durch Feststellungsklage oder durch Klage auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung oder, nach Klagabweisung, durch erneute Klage, geltend zu machen [15]). Durch § 767 soll nicht etwa die sonstige Geltendmachung neuer Tatsachen ausgeschlossen werden, sondern § 767 ist nur ein ausdrücklich geregelter Fall des Grundsatzes, daß nach der letzten Verhandlung entstandene Einwendungen durch die Rechtskraft nicht praekludiert werden. Dieser Fall mußte deshalb besonders geregelt werden, weil das gewöhnliche Verfahren zu lange dauert, auch nicht die Möglichkeit einer Einstellung der Zwangsvollstreckung bietet und der Vollstreckungs-

13) So Stein-Jonas VII zu § 322.
14) So die h. L. vgl. z. B. RG 52. 327; Rosenberg § 156 II 3.
15) So auch Stein-Jonas I 4 zu § 767; Rosenberg § 159 I 4, § 189 III.

gläubiger daher inzwischen auf Grund seines abstrakten Titels vollstrecken kann. Darin liegt bei unvermögendem Gläubiger für den Schuldner eine Gefahr. Die Vollstreckungsgegenklage bedeutet deshalb ein Sicherheitsventil gegen die Gefahr aus der abstrakten Natur des Titels, sie ist keinesfalls als Ausnahmebestimmung zu verstehen. Das ergibt sich auch aus dem ganzen Sinn und Zweck der Einrichtung der Rechtskraft. Ihr Zweck ist Wahrung des Rechtsfriedens und Schutz der im Urteil zum Ausdruck gekommenen Staatsautorität. Beide Zwecksetzungen haben aber nur dann Berechtigung, wenn auch der neuen Klage der gleiche Tatbestand zugrunde liegt, wie der bereits entschiedenen. Darüber sollten Zweifel nicht bestehen können; man kann doch dem nachträglich durch den Fortfall der Unmöglichkeit zur Entstehung gelangten Anspruch nicht deshalb seine Durchsetzbarkeit nehmen, wie Krückmann es tut [16]), weil er verfrüht geltend gemacht worden ist. Man kann von Rechtswegen eine Partei nicht mit einem Vorbringen ausschließen, das früher vorzubringen ihr nicht möglich war.

Nimmt das Urteil in seinen Gründen dagegen dauernde Unmöglichkeit als vorliegend an, mag die Wahrscheinlichkeit so groß gewesen sein, daß das Gericht die Ueberzeugung erlangt hatte, die Unmöglichkeit könne nicht rechtzeitig behoben werden, mag das Gericht in den Tatsachen geirrt haben, dann hat das klagabweisende Urteil ausgesprochen, da es gemäß § 275 BGB die materiellrechtliche Folge dieser Sachlage ist, daß der Schuldner für dauernd befreit ist, daß demgemäß auf Grund dieses Schuldverhältnisses ein Anspruch nicht mehr besteht, auch in Zukunft nicht zur Entstehung kommen kann.

Es darf dann zwar noch einmal gestritten und entschieden werden; der Einwand der Rechtskraft trifft nicht zu in seiner Wirkung als negative Prozeßvoraussetzung, denn es liegt der neuen Klage ein veränderter Tatbestand zugrunde. Die neue Entscheidung darf aber von der früheren nicht abweichen. Nach der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie hat die rechtskräftige Klageabweisung, da sie zu Unrecht erfolgt ist, in rechtsgestaltender Wirkung den Anspruch zum Erlöschen gebracht. Nach der prozessualen Rechtskrafttheorie ist jeder neu angegangene Richter an die im ersten Urteil getroffene Feststellung, daß der Anspruch des Gläubigers infolge dauernder Unmöglichkeit für immer untergegangen ist, gebunden. Im Ergebnis stimmt Leonhard [17]) überein, der ausführt, der vertragsmäßigen Regelung stehe die durch rechtskräftiges Urteil gleich. Diese sei auch dann maßgebend, wenn sich später herausstellte, daß das Urteil von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist.

Es läßt sich außerdem der Fall denken, daß entweder das Gericht in den Urteilsgründen nicht sagt, ob es dauernde oder zeitweilige Unmöglichkeit für vorliegend erachtet hat, oder daß das Gericht

---

16) Krückmann I S. 85.
17) Leonhard I § 137.

sich nicht für eine der beiden entschieden hat. Für die klagabweisende Entscheidung bedarf es einer solchen Feststellung nicht, denn sie rechtfertigt sich alleine daraus, daß bis zur letzten mündlichen Verhandlung Leistungsmöglichkeit bestanden hat.

Hat das Gericht sich keine Gedanken darüber gemacht, ob die Leistungshinderung dauernder oder vorübergehender Natur ist, dann darf man für die Auslegung des Urteils keinesfalls dauernde unterstellen. Solange der beklagte Schuldner nicht bewiesen hat, daß die Unmöglichkeit dauernder Natur ist, hat sie als vorübergehende zu gelten [18]). Das Urteil stellt dann fest, daß zur Zeit der Urteilsfällung eine augenblickliche Leistungspflicht nicht bestanden hat. Das gleiche gilt aus den gleichen Gründen für den Fall, daß das Gericht, in Ungewißheit über die Dauer der Unmöglichkeit, bewußt davon abgesehen hat, sich zu entscheiden. In beiden Fällen darf der Gläubiger mit Erfolg erneut klagen, falls die Unmöglichkeit nachträglich entfallen ist.

Unrichtig und ein Fehlschluß ist es, wenn Berckemeyer [19]) meint, die Beurteilung des Charakters der Unmöglichkeit durch den Richter im Vorprozeß sei unmaßgeblich, weil die Urteilsgründe an der Rechtskraft nicht teilnehmen. Richtig ist, daß die in den Urteilsgründen niedergelegte Tatbestandsfeststellung nicht in Rechtskraft erwächst. Wenn das Gericht irrtümlich davon ausgeht, die Unmöglichkeit sei eine dauernde, dann steht das damit keineswegs rechtskräftig fest. Das zwingt aber nicht zu dem Schluß, diese Tatbestandsfeststellung sei für den Inhalt der Entscheidung ohne Bedeutung. Weil die Urteilgründe, insbesondere beim klagabweisenden Urteil, zu dessen Auslegung herangezogen werden müssen, üben sie auf den aus ihnen zu ermittelnden Inhalt und Umfang der Entscheidung einen maßgeblichen Einfluß aus.

Wir stehen mit unserer Ansicht im Gegensatz zu Krückmann, der ausführt, falls der Gläubiger bei vorübergehender Unmöglichkeit auf Leistung schlechthin klage, sei er auf immer und unbedingt abzuweisen. Einer neuen Klage nach Möglichwerden der Leistung stehe dann die Rechtskraft dieses Urteils entgegen [20]). Der Gläubiger habe einen ungünstigen Zeitpunkt für die Klageerhebung gewählt, denn er hätte entweder warten sollen, bis die Leistung möglich geworden ist, oder er müsse die „prozessualichen Abhilfemittel" benutzen, d. h., seinen Klagantrag bedingt stellen, auf Verurteilung zur Leistung nach Möglichwerden derselben [21]).

Diese Lehre Krückmanns stellt einen erheblichen Verstoß gegen das Institut der materiellen Rechtskraft dar. Die Urteilswirkung darf nicht weiter gehen, als die Rechtsfolge des zugrunde liegenden Tatbestandes, nach materiellem Recht beurteilt, reicht. Das würde sie

18) Vgl. Leonhard, Beweislast S. 328; im Ergebnis ebenso: Planck Vorb. II 2 zu § 275 ff.; übereinstimmend: Kisch I S. 24.
19) Berckemeyer S. 43.
20) Krückmann I S. 85.
21) Derselbe S. 86.

aber tun, wenn man, wie Krückmann, der Unmöglichkeit, deren Dauer ungewiß ist, oder gar der wahrscheinlich dauernden Unmöglichkeit, ohne weiteres von vorneherein die Wirkung dauernder Unmöglichkeit beilegen wollte.

Zudem führt die Lehre Krückmanns zu äußerst unbilligen Ergebnissen. Es wird an die bloße Klagerhebung die Folge des Erlöschens der Obligation geknüpft, nur weil die Klage zu einem Zeitpunkt erhoben worden ist, in dem der Klaganspruch noch nicht durchsetzbar war. Wegen der Vorzeitigkeit der Klagerhebung trägt der Kläger die Kosten des Rechtsstreits. Ihn außerdem mit dem Verluste seines Rechtes bestrafen zu wollen, ist auf keine Weise zu rechtfertigen.

Krückmann will dadurch helfen, daß er vorschlägt, der Richter möge das Verfahren hinziehen, den nächsten Termin auf einen Tag ansetzen, „der erst nach Monaten kommt“ [22]). Dieses seltsame Abhilfemittel kennzeichnet die Lehre, deren Ergebnisse es beseitigen soll.

Das andere „prozessualische Abhilfemittel“, den Klagantrag bedingt zu stellen, auf Verurteilung auf Leistung nach Möglichwerden derselben [23]), krankt an dem Mangel, daß es in der Mehrzahl der Fälle nicht anwendbar sein wird. Denn Klage auf künftige Leistung ist nur nach Maßgabe der §§ 257—259 ZPO in wenigen genau bestimmten Tatbeständen zulässig. Außerdem würde eine solche bedingte Verurteilung eine unbillige Belastung des Schuldners bedeuten [24]).

Siber fällt in das andere Extrem, wenn er behauptet, auch nach rechtskräftiger Zuerkennung von Schadensersatz stehe einer neuen Klage auf die nachträglich möglich gewordene Leistung gegen Rückgabe des Schadensersatzes, soweit er bereits geleistet ist, die Rechtskraft des früheren Urteils nicht entgegen [25]). Auch das ist ein Verstoß gegen das Institut der materiellen Rechtskraft. Nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zu Schadensersatz besteht das Schuldverhältnis zwar fort, aber mit einem anderen Inhalt. Es ist dann nur noch auf die Schadensersatzleistung gerichtet [26]). Das ist die praktische Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung, gleich, ob man der materiellrechtlichen oder der prozessualen Rechtskrafttheorie folgt. Ist der Schadensersatz gar geleistet, dann ist das Schuldverhältnis durch Erfüllung untergegangen.

Dagegen scheint Titze [27]) die richtige Meinung zu vertreten. Die Klage sei, falls während der letzten mündlichen Verhandlung zeitweise Unmöglichkeit vorliegt, unbedingt, auch nicht „zur Zeit“, abzuweisen, auch erfolge nicht Verurteilung „für den Fall des Möglichwerdens“. Wenn die Unmöglichkeit nach Schluß des Verfahrens entfalle, dürfe auch nach Rechtskraft des klagabweisenden Urteils noch einmal geklagt und auch anders entschieden werden.

22) Krückmann I S. 89 f.
23) Derselbe I S. 86 f. insbes.
24) Planck Vorbem. II 2 vor §§ 275 ff.
25) Siber S. 227.
26) Aehnlich Planck a.a.O.
27) Titze I S. 150.

Unklar ist allerdings, was Titze damit meint, wenn er sagt, die Klagabweisung erfolge nicht „zur Zeit". Wenn er damit sagen will, das scheint auch der Fall zu sein, die Urteilsformel dürfe keinen Ausspruch darüber enthalten, daß das Urteil nur für den zur Zeit seiner Verkündung vorliegenden Sachverhalt Geltung habe, eine spätere Klage auf Grund neuer Tatsachen nicht ausschließe, so ist das zutreffend. Falsch wäre es jedoch, wenn Titze die dem Urteil eigene Rechtskraftwirkung meinte. Denn eine rechtskräftige Entscheidung hat Wirkung tatsächlich nur für den zur Zeit ihrer Erlassung bestehenden Tatbestand, sie wirkt nicht für nachträglich entstandene Tatsachen. Darin liegt auch nicht etwa ein Widerspruch zu der von uns vorgetragenen Ansicht, das rechtzeitige Möglichwerden sei dann unbeachtlich, wenn das klagabweisende Urteil in seinen Gründen irrtümlich dauernde Unmöglichkeit für vorliegend annimmt. In einem solchen Falle stellt das Urteil rechtskräftig fest, daß infolge dauernder Unmöglichkeit die Leistungspflicht für dauernd untergegangen ist. Damit ist dann auch im Normalfalle das Schuldverhältnis untergegangen. Die möglich werdende Leistung vermag eine Leistungspflicht nicht zur Entstehung zu bringen oder wieder aufleben zu lassen, da es an einem Schuldverhältnis fehlt.

Ein Mangel der von Titze vertretenen Lehre liegt in der Außerachtlassung des ebenerwähnten Falles, daß das klagabweisende Urteil, trotzdem objektiv vorübergehende Unmöglichkeit vorlag, in seinen Gründen von der Annahme dauernder Unmöglichkeit ausgeht.

Da wir dargelegt haben, daß der Umfang der Feststellungswirkung des rechtskräftig klagabweisenden Urteils auf den nach Beseitigung der Unmöglichkeit neu angestrengten Prozeß davon abhängt, ob das Gericht in den Gründen des ersten Urteils vorübergehende oder ob es dauernde Unmöglichkeit als vorliegend angenommen hat, bedarf es noch einer Auslassung darüber, was der Richter zu unterstellen hat, wenn es nicht sicher ist, ob dauernde oder vorübergehende Unmöglichkeit vorliegt.

Steht fest, daß die Unmöglichkeit eine dauernde ist, oder steht fest, daß sie eine vorübergehende ist, dann hat der Richter unzweifelhaft in seinem Urteil auch von der getroffenen Feststellung auszugehen. Zweifel können nur bestehen, wenn der Richter eine sichere Feststellung nicht treffen kann.

Ausgehend von der Forderung [28]), der erste Prozeß müsse es gleich zu einer abschließenden Regelung bringen, dürfe also die Frage einer späteren rechtzeitigen Behebung der Unmöglichkeit nicht offen lassen, wird von Krückmann die Meinung vertreten, der Richter habe, falls die Unmöglichkeit nicht mit Notwendigkeit eine vorübergehende ist, dauernde Unmöglichkeit dem Urteil zugrunde zu legen [29]).

---

28) Krückmann I S. 82; 90.
29) Krückmann I S. 86.

Krückmann will mit dieser Regelung die Ungewißheit rechtzeitiger Erfüllungsmöglichkeit aus der Welt schaffen. Dazu bedarf es jedoch dieser Maßnahme nicht. Hier hilft unser Rücktrittsrecht.

Die Meinung Krückmanns erscheint uns willkürlich und contra legem. Das Gericht darf nur den tatsächlich bestehenden Sachverhalt seinem Urteil zugrunde legen. Allein aus diesem hat es die nach materiellem Recht sich ergebende Entscheidung zu treffen. Wenn die Dauer der Unmöglichkeit nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, dann ist das in den Gründen zum Ausdruck zu bringen. Ein solches Urteil stellt mit der Feststellungswirkung seiner Rechtskraft nur fest, daß zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung eine Leistungspflicht nicht bestanden hat. Es gibt keinen vernünftigen Grund dafür, aus der zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung bestehenden Leistungshinderung entgegen der Bestimmung des § 275 BGB zu Gunsten des Schuldners die viel weitergehende Folge dauernden Untergangs der Leistungspflicht herzuleiten.

Das Gericht hat also, mag es die Dauer der Unmöglichkeit mit Sicherheit feststellen können oder nicht,—es ist eigentlich ganz selbstverständlich—, nur seine jeweilige Feststellung dem Urteil zu Grunde zu legen und die für diesen Tatbestand nach materiellem Recht sich ergebende Entscheidung zu treffen.

## VI. IN KÜRZE: DIE WESENTLICHEN ERGEBNISSE UNSERER UNTERSUCHUNG.

Falls die vertragliche Leistung unmöglich wird und es sich nicht absehen läßt, ob sie noch rechtzeitig erbracht werden kann, dürfen die Parteien sich grundsätzlich erst dann darauf verlassen, daß die Leistungspflicht des Schuldners und die Annahme- bezw. Abnahmepflicht des Gläubigers untergegangen sind, wenn die Erfüllungszeit abgelaufen ist. Nach Ablauf der Erfüllungszeit ist Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten. Diese hat die gleiche Wirkung wie die Unmöglichkeit der gegenständlichen Leistung. Wird die Leistung noch innerhalb der Erfüllungszeit möglich, dann ist sie auch in obligatione, mag ihre rechtzeitige Erbringung sich zunächst auch als noch so unwahrscheinlich dargestellt haben. Auf die Beurteilung der Dauer der Unmöglichkeit kommt es nicht an.

Die Ungewißheit rechtzeitiger Erfüllungsmöglichkeit löst aber für den Gläubiger das Recht aus, bereits vor Ablauf der Erfüllungszeit, der zumeist den Fortfall des Interesses an der Leistung bedeutet, das Vertragsverhältnis zu Fall zu bringen und damit für neue Dispositionen Raum zu schaffen.

Wenn die Dauer der Unmöglichkeit sich nicht absehen läßt, darf der Gläubiger dem Schuldner unter Androhung des Rücktritts zur Erbringung der Leistung eine angemessene Frist setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf er vom Vertrage zurücktreten darf. Diese Frist ist nur dann eine angemessene, wenn sie den Rücktritt bis zu

dem Zeitpunkte hinausschiebt, in dem der Gläubiger, um die mit dem Vertrage bezweckte Bedürfnisbefriedigung mit Sicherheit rechtzeitig erreichen zu können, sich eine neue Vertragsverbindung suchen m u ß.

Eine Fristsetzung ist nicht erforderlich, wenn sie zwecklos erscheint, wenn der Schuldner erklärt hat, die Leistung sei dauernd unmöglich, oder wenn das Interesse des Gläubigers an Gewißheit bereits so dringlich geworden ist, daß er nach Treu und Glauben seine Bedürfnisbefriedigung anderweit sichern darf.

Auf die Liquidation des gelösten Vertrages ist § 327 BGB anwendbar.

Wenn der Gläubiger zu einer Zeit auf Leistung klagt, während der die Leistungserbringung unmöglich ist, dann ist die Klage als unbegründet abzuweisen.

Für die Entscheidung der Frage, ob dieses Urteil einem neuen Rechtsstreit nach Behebung der Unmöglichkeit praejudiziert, kommt es darauf an, ob das rechtskräftig klagabweisende Urteil in seinen Gründen von dauernder oder von vorübergehender Unmöglichkeit ausgeht.

Das Urteil hat von dem Tatbestand auszugehen, den das Gericht mit Sicherheit festzustellen vermag. Ist es nicht gewiß, ob die Unmöglichkeit eine dauernde ist, oder ist nicht gewiß, ob sie eine vorübergehende ist, so muß auch dies dem Urteil zugrunde gelegt werden.

Geht das Urteil von der Annahme vorübergehender Unmöglichkeit aus, dann darf nach rechtzeitiger Behebung der Unmöglichkeit der Gläubiger erneut klagen, und diese Klage muß auch Erfolg haben. Die Rechtskraft jenes ersten Urteils ist auf den neuen Prozeß ohne Einfluß.

Das gleiche gilt für den Fall, daß das erste Urteil in seinen Gründen weder dauernde noch vorübergehende Unmöglichkeit für festgestellt erachtet, sei es, daß es überhaupt davon absieht, sich darüber zu erklären, sei es, daß es davon ausgeht, eine sichere Feststellung sei nicht zu treffen.

Geht aber das erste Urteil in seinen Gründen (irrtümlich) davon aus, die Unmöglichkeit sei eine dauernde, dann darf zwar noch einmal gestritten und entschieden werden, — der Einwand der Rechtskraft trifft nicht zu in seiner Wirkung als negative Prozeßvoraussetzung, da der Klaggrund infolge der Behebung der Unmöglichkeit ein anderer ist —, es darf aber n i c h t a n d e r s entschieden werden. Das neu angegangene Gericht ist an die Feststellung des ersten Urteils gebunden, die dahin geht, daß infolge dauernder Unmöglichkeit — abgesehen von Nebenverpflichtungen, die einen Fortbestand des Schuldverhältnisses bewirken können —, die Leistungspflicht und damit auch das Schuldverhältnis f ü r d a u e r n d untergegangen sind.

Ist bei zeitweiliger Unmöglichkeit oder beim Vorliegen einer Unmöglichkeit ungewisser Dauer Schadensersatz gefordert und geleistet, dann ist das Schuldverhältnis durch Erfüllung erloschen. Ist der Schuldner rechtskräftig zur Leistung von Schadensersatz verur-

teilt, dann ist nur dieser noch Gegenstand des Schuldverhältnisses; die rechtzeitig möglich gewordene Leistung ist nicht mehr geschuldet. Gleiches gilt, wenn das stellvertretende Commodum gefordert und geleistet bzw. rechtskräftig geschuldet wird.

---

## LEBENSLAUF.

Am 18. April 1909 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Moritz Marx und dessen Ehefrau Berta geb. Biermann in Frankenberg/Eder geboren. Nach Besuch der Volksschule und der Höheren Privatschule meiner Heimatstadt besuchte ich die damals neu errichtete dortige Aufbauschule mit Oberschulcharakter, an der ich im Frühjahr 1928 die Reifeprüfung bestand. Nach einem Studium von 2 Semestern Handelshochschule und 5 Semestern Rechtswissenschaft an den Universitäten Frankfurt, Hamburg, Marburg, bestand ich 1931 das Referendarexamen mit dem Prädikat „vollbefriedigend". Seit Anfang 1932 war ich dem Amtsgericht Frankenberg/Eder, dem Landgericht Marburg und der dortigen Staatsanwaltschaft zur Ausbildung überwiesen. Am 14. Juli 1933 promovierte ich mit dem Prädikat „cum laude" zum Dr. jur.